

RECHTLICHE PROBLEME DER FERNHEIZUNGSANLAGEN
(Wärmelieferungsvertrag und Dauersicherung der Rechte
des Wärmelieferanten und des Wärmeempfängers)

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
HUGO PORTMANN
von Schöpfheim LU

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. K. Oftinger

Verlag P. G. Keller Winterthur 1954



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507226_0058

RECHTLICHE PROBLEME DER FERNHEIZUNGSANLAGEN
(Wärmelieferungsvertrag und Dauersicherung der Rechte
des Wärmelieferanten und des Wärmeempfängers)

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
HUGO PORTMANN
von Schüpfheim LU

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. K. Oftinger

Verlag P. G. Keller Winterthur 1954

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 8. Mai 1954.

Der Dekan:
Prof. Dr. H. Nef



INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	VII
----------------------------	-----

Einleitung: Allgemeine Grundlagen

§ 1.	Technische und entwicklungsgeschichtliche Grundlagen	1
I.	Technische Grundlagen	1
II.	Entwicklungsgeschichtliche Grundlagen	6
§ 2.	Rechtliche Problemstellung und Rechtfertigung dieser Arbeit ..	9
I.	Rechtliche Problemstellung und Aufbau der Arbeit	9
II.	Rechtfertigung der Arbeit	11
A.	Aus der Grösse des rechtlichen Problemkreises	11
B.	Aus der wirtschaftlichen Bedeutung der Fernheizung	11
C.	Aus dem Mangel an Literatur	12

1. Teil: Obligationenrechtliche Probleme

1. Abschnitt: (§ 3): Grundlagen

I.	Methode und Aufbau des ersten Teils	13
II.	Klarstellung einiger Begriffe	15
III.	Anhang	26

2. Abschnitt: Tatbestandsfeststellung und Gesetzesauslegung

§ 4.	Elemente des Wärmelieferungsvertrages	27
I.	Die Parteien	27
II.	Verpflichtungen der Parteien nach Vertrag	28
A.	Verpflichtungen des Wärmelieferanten	29
1.	Aus in praxi vorkommenden Verträgen	29
2.	Nähere Betrachtung	29
B.	Verpflichtungen des Wärmeempfängers	31
1.	Aus in praxi vorkommenden Verträgen	31
2.	Nähere Betrachtung	32
C.	Zusammenfassend	33
III.	Objekt der Leistung	33
A.	Objekt der Leistung des Wärmeempfängers	33
B.	Objekt der Leistung des Wärmelieferanten	33

§ 5. Gesetzesauslegung	36
I. Die Wärme als Rechtsobjekt	36
A. Ähnliche Erscheinungen	37
1. Elektrizität	37
2. Gas	40
3. Wasser	41
B. Massgebliche Gesetzesbestimmung	41
1. Wärme, eine bewegliche körperliche Sache?	42
2. Wärme, eine Naturkraft?	42
3. Eine Naturkraft, die nicht zu den Grundstücken gehört?	43
4. Rechtliche Herrschaft über die Wärme?	43
5. Zusammenfassend	45
II. Die in Betracht fallenden Verträge	45
A. Die Vertragsarten des Obligationenrechts	45
1. Gebrauchsüberlassungsverträge	46
2. Arbeitsleistungsverträge	47
3. Veräußerungsgeschäfte	49
B. Spezialabreden, die in Betracht fallen	50
3. Abschnitt: Subsumtion und rechtliche Natur des Wärmelieferungsvertrages	
§ 6. Als was wurden ähnliche Verhältnisse betrachtet?	52
I. Elektrizitätslieferungsvertrag	52
A. Heutige Ansicht	52
B. Andere Ansichten	52
II. Energielieferungsverträge überhaupt	53
III. Gaslieferungsvertrag	54
IV. Wasserlieferungsvertrag	54
§ 7. Subsumtion des Wärmelieferungsvertrages	55
I. Ergebnisse der Vorarbeiten	55
A. Ergebnisse aus der Vertragsbetrachtung	55
B. Ergebnisse der Gesetzesauslegung	56
II. Vorvertrag plus anschliessende Hauptverträge?	56
III. Wärmelieferungsvertrag als Werkvertrag	58
IV. Wärmelieferungsvertrag als Kaufvertrag	59
A. Hauptabrede	59
B. Besonderheiten des Vertrages	61
§ 8. Wärmelieferungsvertrag in praktischer Betrachtung	65
I. Vorbemerkungen	65
II. Die beschränkten Möglichkeiten beim Wärmelieferungsvertrag ..	67
A. Mögliche Streitursachen	67
B. Mögliche Folgen der Vertragsverletzungen	68

III. Vertragsverletzung durch den Wärmeempfänger	70
IV. Vertragsverletzung durch den Wärmelieferanten	75
V. Vertragsbeendigung im besondern	78
VI. Schlussbemerkung	79

2. Teil: Sachenrechtliche Probleme

1. Abschnitt: Grundlagen

§ 9. Die Interessen der Parteien	80
I. Die Interessen auf der Seite des Wärmelieferanten	81
II. Die Interessen auf der Seite des Wärmeempfängers	83
§ 10. Heute existierende Lösungen und Inhalt des zweiten Teils	84
I. Beispiele	85
II. Inhalt des zweiten Teils dieser Arbeit	88

2. Abschnitt: Möglichkeiten nach unserm Sachenrecht

§ 11. Allgemeines; die ins Auge zu fassenden Möglichkeiten	89
I. Die ins Grundbuch aufnehmbaren Rechte	89
A. Die eintragungsfähigen dinglichen Rechte	89
1. Wesen und Wirkung der Dinglichkeit	90
2. numerus clausus der eintragungsfähigen dinglichen Rechte	91
3. Die beschränkten dinglichen Rechte insbesondere	93
B. Die vorgemerkten persönlichen Rechte	95
C. Die selbständigen und dauernden Rechte	96
II. Eigentumsverhältnisse an den Heizungsanlagen	97
III. Möglichkeiten einer Dauersicherung	98
A. Belastet ist die Lieferantenseite	98
B. Belastet ist die Empfängerseite	102
C. Andere Möglichkeiten	103
1. Grundpfand	103
2. Miteigentum	105
§ 12. Grunddienstbarkeiten im besondern	106
I. Einleitung: Allgemeines	106
A. Träger der Rechte und Pflichten	106
B. Inhalt der Grunddienstbarkeit	107
II. Grunddienstbarkeit zu Lasten des Lieferungsgrundstückes	110
A. Hauptinhalt	111
B. Nebeninhalt	113
C. Ergebnisse	115

III. Grunddienstbarkeit zu Lasten des Empfängergrundstückes	115
A. Hauptinhalt	116
B. Nebeninhalt	118
C. Ergebnis	119
§ 13. Grundlasten im besonderen	120
I. Einleitung: Allgemeines	120
A. Zum Wesen der Grundlast	120
B. Beteiligte Parteien	121
C. Die Grundlastleistung	121
II. Grundlast zu Lasten des Lieferantengrundstückes	125
A. Möglichkeiten	126
B. Rechtliche Erwägungen	126
C. Ergebnis	127
III. Grundlast zu Lasten des Empfängergrundstückes	127
A. Möglichkeiten	127
B. Rechtliche Erwägungen	127
C. Ergebnis	129
D. Anhang	129
3. Abschnitt: (§ 14): Die nach geltendem Recht zu bevorzugende Lösung	
I. Die möglichen Kombinationen	130
II. Das Ergebnis	134

LITERATURVERZEICHNIS

(Die technische Literatur ist nur in den Anmerkungen zu § 1 angeführt.)

(Im Text und in den Anmerkungen werden die jeweiligen in Klammern gesetzten Abkürzungen verwendet.)

- Alcalay*, Micha: Le contrat de vente par livraisons sucessives, Diss. Neuenburg 1924 (Alcalay).
- Amstad*, Eduard: Gleichrangige Grundpfandrechte, Diss. Freiburg 1949 (Amstad).
- Andermatt*, Alfred: Die grundbuchliche Anmeldung nach schweizerischem Recht, Diss. Freiburg 1938 (Andermatt).
- Auer*, Joachim: Die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1932 (Auer).
- Becker*, H.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Bd. 6: Obligationenrecht, 2. Abteilung; Bern 1934 (Becker, Kommentar 1934).
- Becker*, H.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Bd. 6: Obligationenrecht, 1. Abteilung; 2. Aufl., Bern 1941 (Becker, Kommentar 1941).
- Beetschen*, Rudolf: Der Grundsatz „Kauf bricht Miete“ im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1925 (Beetschen).
- Bielander*, Josef: Das Stockwerkseigentum im Wallis und seine Überleitung in das neue Recht, Diss. Freiburg 1931 (Bielander).
- Blätter für zürcherische Rechtsprechung*, Zürich (BlZR).
- Blass*, Hermann: Das Rechtsgut der Elektrizität in Zivil- und Strafsachen, Diss. Zürich 1898 (Blass).
- Boller*, Peter: Beiträge zur Unterscheidung von Kauf und Pacht, Diss. Zürich 1948 (Boller).
- Brandenburger*, Otto: Das Baurecht der Art. 675 und 779 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Zürich 1910 (Brandenburger).
- Brodbeck / Daepfen / Welti*: Bundesgerichtspraxis zum Zivilgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. Zürich 1941 (Brodbeck).
- Bruggmann*, Karl: Das Durchleitungsrecht im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1913 (Bruggmann).
- Brunner*, Max: Stockwerkseigentum? in „Der Schweizerische Hauseigentümer“, Jg. 82 Nr. 20, St. Gallen 1950, S. 173/174 (Brunner).
- Bühlmann*, Fritz: Die Energielieferungsverträge in der schweizerischen Elektrizitätsindustrie, Diss. Bern 1920 (Bühlmann).
- Bürgisser*, Werner: Der Grundstückskauf nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1924 (Bürgisser).
- Bugmann*, Margrit: Die Enteignung für die Fortleitung und Verteilung elektrischer Energie, Diss. Zürich 1942 (Bugmann).
- Burckhardt*, Walther: Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939 (Burckhardt, Einführung).
- Burckhardt*, Walther: Methode und System des Rechts, Zürich 1936 (Burckhardt, Methode).
- Burckhardt*, Walther: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl. Zürich 1944 (Burckhardt, Organisation).
- Burdet*, Sabine: Die Ablösung der Grunddienstbarkeiten, Diss. Bern 1946 (Burdet).

- Buser, G.*: Baupolizeirecht, Sachenrecht und Grundbuch; im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Jg. 48, Zürich 1947, S. 57 ff. und 89 ff. (Buser, Baupolizeirecht).
- Buser, ...*: Der Garten im Recht, im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Jg. 40, Zürich 1939, S. 481 ff., 513 ff. und 545 ff. (Buser, Garten im Recht).
- Buser, Theo*: Der Untergang dinglicher Rechte an Immobilien, Diss. Basel 1943 (Buser).
- Butterfass, Hanny*: Entstehung und Endigung der Grunddienstbarkeiten, Diss. Basel 1933 (Butterfass).
- Christen, Erwin*: Das Baurecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, Diss. Leipzig 1909 (Christen).
- Emerich, Heinrich*: Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in den Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des Deutschen Reiches, Bd. 4. (Heft 2), Jena 1900, S. 213 ff. (Emerich).
- Entscheidungen* des Schweizerischen Bundesgerichtes, Lausanne (BGE).
- Fehr, Emil*: Die rechtliche Ordnung der Elektrizitätsversorgung, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, NF Bd. 46, Basel 1927, S. 1a ff. (Fehr).
- Freudenthal, Ludwig*: Voraussetzungen des Verzugs des Käufers bei dem Kauf auf Abruf, Diss. Halle/Wittenberg 1911 (Freudenthal).
- Froehlich, Wolfgang*: Die Abrufsklausel unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung für den Verzug, Diss. Breslau 1931 (Froehlich).
- Früh, Peter*: Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1944 (Früh, Vertragsübertragung).
- Früh, Walter*: Die Vormerkung persönlicher Rechte nach schweizerischem Grundbuchrecht, Diss. Zürich 1929 (Früh).
- Gautschi, Georg*: Beitrag zur Theorie des Eigentümergrundpfandes nach schweizerischem Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1928 (Gautschi).
- Gekeler, Karl*: Die rechtlichen Besonderheiten des Sukzessivlieferungsvertrages, Diss. Tübingen 1910 (Gekeler).
- Gierke, Julius von*: Bürgerliches Recht, Sachenrecht, 2. Aufl. Berlin 1928 (Gierke, Sachenrecht).
- Gierke, Otto von*: Dauernde Schuldverhältnisse, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, 2. Folge, Bd. 28, Jena 1914, S. 355 ff. (Gierke, Schuldverhältnisse).
- Göschke, R.*: Fragen aus dem Nachbarrecht, in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Jg. 83, Bern 1947, S. 429 ff. (Göschke).
- Gradl, Josef*: Das Grundbuchrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, Diss. Erlangen 1912 (Gradl).
- Guhl, Theo*: Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. Aufl. Zürich 1948 (Guhl).
- Guhl, Theo*: Über das System der festen Pfandstelle, in der Schweizerischen Juristen-Zeitung, Jg. 11, Zürich 1914/15, S. 33 ff. (Guhl, Pfandstelle).
- Guhl, Theo*: Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung; in der Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens dem Schweizerischen Bundesgericht dargebracht von der Juristischen Fakultät der Universität Bern, Bern 1924, S. 93 ff. (Guhl, persönliche Rechte).
- Guhl, Theo*: Gesamthandsverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung, in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 53, Bern 1917, S. 1 ff. und 49 ff. (Guhl, Gesamthandsverhältnisse).

- Gujer, Hans*: Der Kauf auf Abruf und die Handelsbräuche hierüber, Diss. Zürich 1947 (Gujer).
- Haab, Robert*: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Bd. 4, 1. Teil: Sachenrecht; 2. Aufl. Zürich 1929 ff. (in Lieferungen). (Benützt wurden: 1. Lieferung 1929; 4. Lieferung 1933; 5. Lieferung 1935; 7. Lieferung 1948).
- Haab, Robert*: Einige Fragen aus dem Grundbuchrechte, in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 61, Bern 1925, S. 297 ff. (Haab, Grundbuchrecht).
- Hägi, Adolf*: Die Bewertung von Liegenschaften, Zürich 1945 (Hägi).
- Hägi-Villiger, A.*: Der Verkehrswert von Liegenschaften, in der Schweizerischen Juristen-Zeitung, Jg. 42, Zürich 1946, S. 55 ff. (Hägi, Verkehrswert).
- Hammer, Werner*: Das Rücktrittsrecht des vertragstreuen Teils bei positiver Vertragsverletzung im Sukzessivlieferungsvertrag, Diss. Göttingen 1932 (Hammer).
- Happold, Henri*: Englische Entscheidungen über die ratenweise Lieferung der Waren; in den Blättern für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Bd. 16, Berlin/Mannheim/Leipzig 1921, S. 97 ff. (Happold).
- Heer, Karl*: Die Wirkung der Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch nach dem schweizerischen ZGB; als NF Heft 58 der Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern 1930 (Heer).
- Herschsohn, Heinrich*: Die Kündigung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1925 (Herschsohn).
- Hesse, Anton*: Die Verträge auf fortgesetzte Lieferungen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Diss. Marburg 1905 (Hesse).
- Hitzig, H. F.*: Die Grunddienstbarkeit im Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, NF Bd. 19, Basel 1900, S. 352 ff. (Hitzig).
- Hoeniger, Heinrich*: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim/Leipzig 1910 (Hoeniger).
- Honegger, Eduard*: Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1926 (Honegger).
- Howald, Martin*: Der dingliche Vertrag, Diss. Zürich 1946 (Howald).
- Huber, Eugen*: Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bd. 2, 2. Aufl. Bern 1914 (Huber, Erläuterungen).
- Huber, Eugen*: Die Eigentümerdienstbarkeit; als Festschrift dem Justizrat Hermann Fitting dargebracht von der juristischen Fakultät der Universität Bern, Bern 1902 (Huber, Eigentümerdienstbarkeit).
- Huber, Eugen*: Zum schweizerischen Sachenrecht (drei Vorträge mit Anmerkungen), als Heft 58 der Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern 1914 (Huber).
- Huber, Heinrich*: Die Unternehmenszugehör im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1928 (Huber, Unternehmenszugehör).
- Hueck, A.*: Verzug bei Sukzessivlieferungsverträgen, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 79, Stuttgart 1916, S. 164 ff. (Hueck).
- Hürlimann, Hans*: Der Sukzessivlieferungs-Kaufvertrag, Diss. Bern 1940 (Hürlimann).
- Jacobi, Julius*: Zur Lehre vom Sukzessivlieferungsvertrage, in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts (begründet von Gruchot), Bd. 50, Berlin 1906, S. 230 ff. (Jacobi).
- Jäggi, Peter*: Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache; in der Fest-

- schrift zum 70. Geburtstag von Theo Guhl: „Vom Kauf nach schweizerischem Recht“, Zürich 1950, S. 67 ff. (Jäggi).
- Keller, Rudolf: Die Überschreitung des Eigentumsrechts an Grundstücken, Diss. Bern 1907 (Keller).
- Kohler, J.: Beiträge zum Servitutenrecht; im Archiv für die civilistische Praxis, NF Bd. 37, Freiburg/Leipzig/Tübingen 1897, S. 157 ff. (Kohler, Servitutenrecht).
- Landesplanung: Das Baurecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung, Zürich 1950 (Landesplanung, Baurecht).
- Langenegger, Karl: Die Sicherungsbefugnisse der Grundpfandgläubiger gegen Wertverminderung des Unterpandes nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1921 (Langenegger).
- Leder, Helene: Das Mietverhältnis bei Miteigentum an der unbeweglichen Mietsache, Diss. Zürich 1924 (Leder).
- Leemann, Hans: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Bd. 4: Sachenrecht, 2. Abt., Bern 1925 (Leemann, Kommentar 1925).
- Leemann, H.: Das Stockwerkseigentum, insbesondere seine Überleitung in das neue Recht; in der Schweizerischen Juristen-Zeitung, Jg. 10, Zürich 1913/14, S. 353 ff. (Leemann, Stockwerkseigentum).
- Leemann, H.: Änderung am Grundeigentum nach dem Gemeinschaftsrecht, in der Schweizerischen Juristen-Zeitung, Jg. 13, Zürich 1916, S. 101 ff. (Leemann, Gemeinschaftsrecht).
- Leemann, H.: Die Zuständigkeit zur Beurkundung von Veräußerungs- und Belastungsverträgen über Grundstücke nach schweizerischem Recht, in der Schweizerischen Juristen-Zeitung, Jg. 17, Zürich 1920/21, S. 321 ff. (Leemann, Belastungsverträge).
- Leemann, H.: Grundlasten aus alter und neuer Zeit (einige Beispiele aus der Praxis), in der Schweizerischen Juristen-Zeitung, Jg. 25, Zürich 1928/29, S. 33 ff. (Leemann, Grundlasten).
- Leemann, H.: Die rechtliche Sicherung des Bestandes und Betriebes von Fernheizwerken, in der Schweizerischen Juristen-Zeitung, Jg. 26, Zürich 1929/30, S. 289 ff. (Leemann).
- Leemann, H.: Der Fernheizungsservitutsvertrag, in der Schweizerischen Juristen-Zeitung, Jg. 27, Zürich 1930/31, S. 309 f. (Leemann, Fernheizung).
- Leemann, Silvia: Die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1937 (Leemann, Vormerkung).
- Lehmann, Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse (2. Bd. des ‚Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts‘ von Enneccerus/Kipp/Wolff), 12. Aufl. Marburg 1932 (Lehmann, Schuldverhältnisse).
- Lemp, Paul: Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Diss. Bern 1939 (Lemp).
- Leonhard, Franz: Besonderes Schuldrecht des BGB (10. Abt. 2. Teil Bd. 2 des Systematischen Handbuchs der Deutschen Rechtswissenschaft; begründet von Binding), München/Leipzig 1931 (Leonhard).
- Leu, Franz: Die sachenrechtliche Stellung der Elektrizitätswerke im schweizerischen Privatrecht, Diss. Freiburg i. Ue. 1922 (Leu).
- Lienhart, Ernst Eugen: Der Kaufvertrag im schweizerischen Recht, Zürich 1938 (Lienhart, Kaufvertrag).

- Lienhart*, Ernst Eugen: Rechtsgeschäfte über Liegenschaften, Zürich 1939 (Lienhart, Liegenschaften).
- List*, Friedrich: Die elektrische Energie als Gegenstand des Wirtschafts- und Gemeinrechts, in Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht, NF Jg. 5, Berlin 1940, S. 40 ff. (List)
- Liver*, Peter: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Bd. 4: Das Sachenrecht, 2. Teil a); 2. Aufl. 1. Lieferung, Zürich 1951 (Liver, Kommentar 1951)
- Mayr von Baldegg*, Bernhard: Die Gegenleistung beim Baurecht, Diss. Bern 1938 (Mayr von Baldegg).
- Mouttet*, Henri: Du contrat et de la clause d'abonnement, Diss. Bern 1908 (Mouttet).
- Müller*, E.: Der Sukzessivlieferungsvertrag, in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts (begründet von Gruchot), Bd. 50, Berlin 1906, S. 508 ff. (Müller, Sukzessivlieferungsvertrag).
- Müller*, Werner: Der Inhalt der Grunddienstbarkeiten nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Göttingen 1919 (Müller, Grunddienstbarkeiten).
- Naegeli*, Kurt: Die Auslegung der Grunddienstbarkeiten, Diss. Zürich 1935 (Naegeli).
- Nawiascky*, Hans: Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. Einsiedeln/Zürich/Köln 1948 (Nawiascky).
- Niessen*, Ludwig: Die privatrechtliche Stellung der Elektrizität und der Elektrizitätslieferungsvertrag, Berlin 1925 (Niessen).
- Oftinger*, Karl: Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, Diss. Bern 1933 (Oftinger, Eigentumsübertragung).
- Oftinger*, Karl: Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, NF Bd. 57, Basel 1938, S. 505 a ff. (Oftinger, Eingriffe).
- Oftinger*, Karl: Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, NF Bd. 58, S. 178 ff. (Oftinger, Auslegung).
- Oftinger*, Karl: Die Vertragsfreiheit; in der Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung: „Die Freiheit des Bürgers“, Zürich 1948, S. 315 ff. (Oftinger, Vertragsfreiheit).
- Oftinger*, Karl: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Bd. 4: Sachenrecht, 2. Abteilung c); 2. Aufl. Zürich 1952 (Oftinger, Kommentar 1952).
- Oser/Schönenberger*: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Bd. 5: Das Obligationenrecht, 2. Teil; 2. Aufl. Zürich 1936 (Oser/Schönenberger).
- Pestalozzi*, Theodor: Die Grundlastleistung nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1925 (Pestalozzi).
- Pfeiffer*, Kurt: Die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1910 (Pfeiffer).
- Pfenninger*, Hans: Die Realexekution im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1924 (Pfenninger).
- Pfister*, Heinrich: Der Inhalt der Dienstbarkeit, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, NF Bd. 52, Basel 1933, S. 325 ff. (Pfister).
- Pfleghart*, A.: Die Elektrizität als Rechtsobjekt, 2 Bde., Strassburg 1901/1902 (Pfleghart, Rechtsobjekt I/II).
- Pfleghart*, A.: Die Sachqualität der elektrischen Energie, im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 24, Berlin 1904, S. 300 ff. (Pfleghart, Sachqualität).

- Pfleghart, A.*: Die Rechtsverhältnisse der elektrischen Unternehmung, Zürich 1905 (Pfleghart, Rechtsverhältnisse).
- Rossel/Mentha*: Manuel du droit civil Suisse, 3 Bde., 2. Aufl. Lausanne/Genf ohne Datum (ca. 1922) (Rossel/Mentha).
- Roth, Hans*: Der Vorvertrag; als NF Heft 37 der Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern 1928 (Roth).
- Segesser, Rudolf von*: Die Rechte des Grundpfandgläubigers bei Gefährdung seiner Pfandsicherheit nach dem schweizerischen ZGB, Diss. Bern 1922 (Segesser).
- Sieberg, ...*: Richtlinien für den Abschluss von Lieferungsverträgen, 2. Aufl. Berlin 1922 (Sieberg).
- Siegel, ...*: Der Verkauf elektrischer Arbeit, 2. Aufl. Berlin 1917 (Siegel).
- Sigrist, Erwin*: Die Bereinigung der dinglichen Rechte als Grundlage der Grundbucheinführung, insbesondere im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1947 (Sigrist).
- Schatzmann, Alfred*: Eintragungsfähigkeit der dinglichen Rechte und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters, Diss. Bern 1939 (Schatzmann).
- Scheidegger, Otto*: Grundbuchvormerkungen im schweizerischen Zivilgesetzbuch, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, NF Bd. 28, Basel 1909, S. 111 ff. und 293 ff. (Scheidegger).
- Schlecht, Anton*: Das Recht der Elektrizität, München 1906 (Schlecht).
- Schlegel, Hans*: Die Immissionen des Art. 684 ZGB in ihrem Verhältnis zu den zürcherischen kantonalen Eigentumsbeschränkungen, Diss. Zürich 1949 (Schlegel).
- Schmid, Hans*: Die beschränkten dinglichen Rechte des ZGB in der Praxis, in der Schweizerischen Juristen-Zeitung, Jg. 22, Zürich 1925/26, S. 145 ff. (Schmid).
- Schönberg, S.*: Zehn Jahre Schweizerisches Zivilgesetzbuch, die Grundbuchpraxis, Aarau 1924 (Schönberg).
- Schreiber, O.*: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 60, Jena 1912, S. 106 ff. (Schreiber).
- Schwander, Vital*: Die Grunddienstbarkeiten mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Zivilgesetzbuches und des schwyzerischen Rechtes, Diss. Bern 1909/10 (Schwander).
- Stricker, Lina*: Der Energielieferungsvertrag nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1926 (Stricker).
- Tuhr, Andreas von / Siegwart, Alfred*: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2 Halbbände, 2. Aufl. Zürich 1942/44 (von Tuhr/Siegwart I/II).
- Tuhr, Andreas von*: Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, NF Bd. 40, Basel 1921, S. 40 ff. (von Tuhr, Eigentumsübertragung).
- Tuor, P.*: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. Zürich 1932 (Tuor).
- Vetsch, Gottlieb*: Der Sukzessivlieferungsvertrag. Verzug, mangelhafte Erfüllung, Unmöglichkeit; Diss. Zürich 1924 (Vetsch).
- Wegmann, Karl*: Das Gemeinwesen als Nachbar, Diss. Bern 1941 (Wegmann).
- Weiss, Gottfried*: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht, für die Jahre 1912 bis 1921, Bd. 2 (Erbrecht, Sachenrecht), Zürich 1928 (Weiss, Sammlung 1928).
- Weiss, Gottfried*: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht, für die Jahre 1922 bis 1937, Bd. 3 (Sachenrecht), Zürich 1951 (Weiss, Sammlung 1951).

- Weiss, Robert: Die Rechtsverhältnisse beim gemischten Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1947 (Weiss, Rechtsverhältnisse).
- Wiederkehr, Alphons: Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Diss. Zürich 1936 (Wiederkehr).
- Wieland, Carl: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Das Sachenrecht; Zürich 1909 (Wieland, Kommentar 1909).
- Wüthrich, Max: Der Bierlieferungsvertrag nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1929 (Wüthrich).
- Wyler, Veit: Zulassungszwang, Kontrahierungszwang, Stromsperre; Erfurt 1931 (Wyler).
- Zeitschriften: Die Zeitschriftenaufsätze sind unter dem Verfassernamen eingereiht.
- Zencke, Kurt: Der Gaslieferungsvertrag nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Heidelberg 1907 (Zencke).

EINLEITUNG:

ALLGEMEINE GRUNDLAGEN

§ 1. Technische und entwicklungsgeschichtliche Grundlagen

I. Technische Grundlagen¹

A. Begriff der Fernheizung

1. *Allgemeines:* Wenn ich hier in der Einleitung zunächst von eher technischen Belangen schreibe, so bin ich mir voll bewusst, dass das nur pseudo-technische Erwägungen sein können. Es soll aber in diesem Zusammenhange auch nicht die Aufgabe sein, technisch einwandfreie Begriffe zu prägen. Nur soweit, als es für die vorliegende Arbeit unerlässlich ist, soll erklärt werden, was unter Fernheizung zu verstehen ist. Mit anderen Worten: es soll ein Bild vom Ausgangspunkt der ganzen Betrachtung gezeichnet werden. Die Schaffung einer solchen Grundlage, mag dieses Unterfangen auch für einen Fachmann primitiv erscheinen, hat durchaus ihre Berechtigung, denn gerade die Vielfalt der Betriebsarten bei den Fernheizungen verwischt oft das Wesentliche. Es geht also darum, aufzuzeigen, wie im Prinzip alle Fernheizungsanlagen ausgestaltet sind. Technische Besonderheiten sollen nach Möglichkeit ausser acht gelassen werden.

2. *Klarstellung des Begriffes:* Um das Prinzip, von dem vorhin die Rede war, klar zu erkennen, scheint es mir am einfachsten, die Entwicklung der Raumbeheizung kurz aufzuzeigen:

erste Stufe: Jeder Raum, den man erwärmen wollte, war mit einer eigenen Feuerstelle versehen. Ob diese Feuerstelle ein offenes Feuer, ein Kachelofen oder was immer war, ist in unserm Zusammenhange nicht wichtig. Entscheidend ist nur, dass man die Wärme noch nicht fortleiten konnte und deshalb die Wärmequelle dort haben musste, wo man einen warmen Raum wünschte.

zweite Stufe: In ihr ist schon die Grundlage vorhanden für das, was wir heute unter Fernheizung verstehen: man hatte erkannt, dass die Wärme sich leiten lässt. Bei dieser Wärmeleitung waren aber die Wärmeverluste noch sehr gross und man begnügte sich deshalb mit einer Leitung auf kürzeste Entfernung: man fasste die Feuerstellen eines Stockwerkes, einer Wohnung zusammen. Der Wärmeverlust wurde wegen dieser Beschränkung der Entfernung nicht sehr drastisch empfunden.

1) vgl. zum ganzen Abschnitt den Artikel über Fernheizung in *Luegers Lexikon der gesamten Technik*, Bd. 4, 3. Aufl., Berlin/Leipzig 1928, S. 22 ff.

den, denn dadurch, dass die verlorene Wärme auch in der Wohnung blieb, wurde der Aufwand für die Erwärmung derjenigen Räume, die man eigentlich erwärmen wollte, geringer. Zudem empfand man es als angenehm, wenn die ganze Wohnung durchwärmt war. — Wichtig für uns aber ist, dass für ein ganzes Stockwerk, für eine ganze Wohnung, nur noch eine einzige Feuerstelle bestand (Etagenheizung).

dritte Stufe: Im Prinzip war es die gleiche Anlage wie in der zweiten Stufe. Durch bessere Isolierung der Leitungsröhren war man aber jetzt im Stande, die Wärme ohne allzugrosse Verluste über grössere Distanzen zu leiten. Es wurden die Feuerstellen nicht nur einer Etage, sondern einer ganzen Gebäulichkeit zusammengefasst (Zentralheizung).

vierte Stufe: Durch wirtschaftliche² und hygienische Vorteile, die man sich von einer eigentlichen Fernheizung versprach, angetrieben, ging man daran, noch bessere Isolierungen für die Leitungen zu schaffen. Pumpen ermöglichten es ferner, den Wärmeträger in den Leitungen über weitere Distanzen zu senden. Es wurden deshalb nicht nur die Feuerstellen eines einzelnen Hauses, sondern einer ganzen Anzahl von Häusern, ja ganzer Städte, zusammengefasst.

Hier ist der Moment, kurz zu zeigen, wie eine solche Heizung, bei der die Feuerstelle sich nicht dort befindet, wo der geheizte Raum ist, funktioniert (es gilt dies im Prinzip nicht nur für die vierte Stufe, sondern auch für die zweite und dritte): An der Feuerstelle wird ein Wärmeträger (in der Regel Wasser) erhitzt. Der heisse Wärmeträger wird durch Röhrenleitungen in die zu wärmenden Räume geleitet. In diesen wird, um den Wirkungsgrad der Wärmeabgabe zu vergrössern, das Heisswasser in Radiatoren geleitet. Diese erwärmen sich, und am heissen Heizkörper (Radiator) erwärmt sich die Zimmerluft. Der Wärmeträger, der sich durch die Wärmeabgabe abgekühlt hat, fliesst zur Feuerstelle zurück und wird dort von neuem aufgeheizt.

Auch heute noch, und in diesem Sinne ist die auf Seite 1/2 gezeigte Entwicklung nicht eine chronologische, existieren alle vier Entwicklungsstufen nebeneinander.

Der Begriff, der sich aus dem Gesagten für die Fernheizung aufdrängt, ist etwa folgender:^{3, 4}

Fernheisanlagen sind solche Anlagen, bei denen von einer Feuerstelle aus mehrere Häuser mit Heizwärme so versehen werden, dass an der zentralen Feuerstelle ein Wärmeträger (Wasser, Dampf, Luft) erhitzt wird und in Leitungen (Röhrenleitungen) zu den zu beheizenden Häusern

2) so Züblin, Wilhelm: Zentralisierung von Heizungsbetrieben und Wärme-lieferung für sonstigen Hausbedarf in Ortschaften und Städten, Winterthur 1922, S. 9.

3) Willner, Max: Der Betrieb von Fernheizwerken, München/Berlin 1941, S. 5.

4) Hüttig: Fernheizungen; Die Beheizung grösserer Gebiete mit zentraler Wärmeabgabe durch Dampf- und Warmwasser-Fernheizungen, ohne Ort- und Datum (ca. 1910), S. 9/10 und 22.

und Räumen geführt wird, wo er durch Wärmeabgabe an die Heizkörper die gewünschten Räume heizt. Der abgekühlte Wärmeträger fliesst zur zentralen Feuerstelle zurück und wird dort von neuem erhitzt.

Der Fernheizung analog lässt sich die Fernwarmwasserversorgung umschreiben. Der Unterschied ist der, dass bei dieser das Warmwasser nicht abgekühlt wird um darauf hin wieder zurückfliessen, sondern dass es verbraucht wird.

Selbstverständlich liesse sich die Entwicklung der Raumheizung auch nach andern Gesichtspunkten abstufen. Hier aber ist das Moment als Unterscheidungskriterium gewählt worden, das am eindeutigsten auf die Fernheizung hin tendiert: ⁵ die Zusammenfassung von Feuerstellen.

B. Formen der Fernheizung

1. Nach der Art des Betriebes.

a. Fernheizung als selbständiges Unternehmen: Dieser Fernheizungsbetrieb ist ein Unternehmen, dessen Zweck Gewinnerzielung aus dem ‚Verkauf‘ von Heizwärme ist. Das Fernheizwerk der Eidgenössischen Technischen Hochschule in Zürich zum Beispiel versorgt auch Private mit Heizwärme und erzielt dabei, obschon es in erster Linie der Forschung dient, einen nicht unerheblichen Gewinn ⁶.

Diese Art Unternehmen ist zwar heute nicht sehr verbreitet; aber, weil es unbestritten ist, dass die Zusammenfassung von Heizungsanlagen wirtschaftliche Vorteile mit sich bringt, ist es vielleicht nur eine Frage der Zeit und der technischen Vereinfachung, bis solche Fernheizungsunternehmen allgemein üblich sind. Es liegt also durchaus im Bereiche der Möglichkeiten, dass diese Art Unternehmen in absehbarer Zeit so an der Tagesordnung sein werden, wie heute etwa die Elektrizitätswerke.

b. Fernheizung als Nebenzweig eines Unternehmens: Man kann sich sehr gut vorstellen, dass bei irgend welchen Arbeitsvorgängen Abwärme entsteht, das heisst, heisses Wasser, Dampf oder anderes mehr, das als Wärmeträger für die Fernbeheizung irgend welcher Räume dienen kann (man denke etwa an Kühlwasser irgend eines Motors). Noch öfter wird es vorkommen, dass bei irgend einem Arbeitsvorgang überschüssige Wärme vorhanden ist, die leicht dazu verwendet werden kann, den Wärmeträger einer Fernheizung zu erhitzen (z. B. die Kerichtverbrennungsanlage in Zürich). Ein solcher Betrieb wird wahrscheinlich, wenn er

5) Wenn *Burckhardt*, *Organisation*, S. 27, sagt, „der Zweck, dem die Unterscheidung dienen soll, entscheidet über die Richtigkeit des gewählten Kriteriums“, so gilt das gewiss nicht nur in rechtlichen Zusammenhängen, sondern überall, wo eine Unterscheidung vorgenommen wird.

6) *Bauer*, Bruno: Die wirtschaftlichen Grundlagen der Fernheizung, in der *Schweizer Bauzeitung*, Bd. 111 (1938), S. 172.

in Konkurrenz zum reinen Fernheizbetrieb tritt, für den Abnehmer vorteilhafter liefern können, weil die Wärmeversorgung ja nicht Hauptzweck, und in der Regel anfänglich nicht einmal einkalkuliert worden ist. Auch ein solcher Betrieb wird sicher aus der Wärmelieferung Gewinn erzielen wollen; die Abhängigkeit von diesem Gewinne ist aber hier bei weitem nicht so gross wie beim reinen Heizbetrieb.

c. Fernheizung ohne direkte Gewinnabsichten: Es lässt sich auch ohne weiteres vorstellen, dass eine Fernheizungsanlage betrieben wird, ohne dass direkte Gewinnabsichten dahinter stehen: man denke etwa an mehrere Gebäudeeigentümer, die sich zusammenfinden, um ihre Gebäude, die sich der Lage nach dazu eignen, zentral zu beheizen (wegen der wirtschaftlichen und hygienischen Vorteile). Der Gewinn (denn ein solcher ist doch vorhanden; ich sagte deshalb ohne ‚direkte‘ Gewinnabsichten) ist dann in der Form greifbar, dass die Heizkosten für die einzelnen Gebäudeeigentümer kleiner werden (die Kohle wird gemeinsam zu Engros-Preisen eingekauft; der Kohlenverbrauch ist, verteilt auf die einzelnen Gebäude, kleiner; der Unterhalt und die Wartung der Anlage werden, weil sie einfacher sind, billiger).

Denkbar in diesem Zusammenhange ist auch, dass ein einziger Eigentümer mehrerer Grundstücke, um die Heizkosten zu verkleinern, in seinen Liegenschaften eine Fernheizanlage einrichtet (solche Anlagen sind in Zürich z. B. gar nicht selten anzutreffen).

Problematisch, aber hier nicht zu untersuchen, ist in diesem dritten Falle, dass einerseits die Heizkosten für das einzelne Haus kleiner werden, was eine Wertsteigerung bedeutet, dass aber andererseits dadurch, dass das einzelne Gebäude heiztechnisch nicht mehr selbständig ist, es eventuell in seiner Marktgängigkeit eine Einbusse erleidet (das letztere ist praktisch allerdings nicht der Fall, wie mir von Seiten des Fernheizkraftwerkes der Eidgenössischen Technischen Hochschule versichert wurde).

2. Nach der Lage der Feuerstelle.

a. Die Feuerstelle befindet sich in einem der beheizten Gebäude: Das wird vielfach so geregelt sein dort, wo die Fernheizung ohne direkte Gewinnabsichten betrieben wird. Problematisch hier ist vor allem, dass das Gebäude, das die Heizanlage enthält, durch die Mehrinvestition an Wert gewinnt, dass das selbe Gebäude jedoch all die Unannehmlichkeiten aufweist, die gerade durch die Zentralisierung des Heizbetriebes von den andern Gebäuden ferngehalten werden wollten (Staub, Kohlenbunker, und anderes mehr). Diese Unannehmlichkeiten wirken wiederum wertvermindernd.

b. Feuerstelle auf selbständigem Grundstück: Das wird in der Regel da der Fall sein, wo eine direkte Gewinnabsicht mit dem Betrieb der Heizanlagen verknüpft ist, also in den vorhin unter I B 1. a und b

genannten Fällen. Kein beheiztes Gebäude wird so irgendwie benachteiligt oder bevorzugt gegenüber dem andern, was eine grosse Vereinfachung in Bezug auf Wertsteigerung und Wertverminderung sein dürfte.

3. Nach der Art der Wärmeleitung.

Man könnte hier einen Unterschied machen, ob der Wärmeträger Wasser, Dampf oder Luft⁷ sei. Das mag wohl technisch interessante Aspekte ergeben; im Rahmen dieser Arbeit spielt das jedoch, wie ich glaube, keine Rolle. Im Vordergrund steht nur die Tatsache, dass die Leitung der Heizwärme in all den in Frage kommenden Fällen mittels eines Wärmeträgers in Röhrenleitungen zu erfolgen hat⁸.

C. Wärmemengenmessung⁹ und Wärmeverrechnung¹⁰

Die verschiedensten Systeme sind im Gebrauch. Das Ideal¹¹ wäre erreicht, wenn die verbrauchte Wärmemenge genau gemessen werden könnte und der Wärmebezüger nur die Wärme zu bezahlen hätte, die er auch tatsächlich verbraucht hat. Das aber ist aus verschiedenen Gründen nicht möglich. Erstens hat die Technik bis heute einen für kleine Verhältnisse erschwierlichen Wärmezähler noch nicht entwickelt und zweitens, auch wenn ein solcher Zähler entwickelt wäre, würden sich

7) vgl. dazu *Rüsch*, Hans: Brennstoffe - Heizungen, in „Die Tat“ (Schweizerische unabhängige Tageszeitung), Jg. 17, Nr. 281 (= 15. Oktober 1952), S. 7/8.

8) *Schulz*, Erich: Öffentliche Heizkraftwerke und Elektrizitätswirtschaft in Städten, Berlin 1933, S. 8.

9) Für die grundlegenden Begriffe *Rüsch*, a. a. O., S. 5: „Die Temperatur wird mit Thermometer gemessen, und zwar auf dem Kontinent (ohne die beim englischen Masssystem verbliebenen Länder) meist nach dem metrischen System, das heisst nach Grad (°) Celsius (C). Sämtliche Grade über dem Nullpunkte bezeichnet man als Wärmegrade (+). Tieferen Temperaturen unter 0° C nennt man hingegen Kältegrade (—). Für die Messung der Wärmemengen verwendet man die Wärmeinheit (WE) oder technisch ausgedrückt die Kalorie (kcal), d. h. diejenige Wärmemenge, welche notwendig ist, um 1 kg Wasser um 1° C zu erwärmen. Die Differenz vom Gefrierpunkt bis zum Siedepunkt ist in 100 Einheiten oder Grade eingeteilt. Folglich benötigt man für die Erwärmung von 1 kg Wasser vom Gefrier- zum Siedepunkt also 100 kcal. Soll nun noch Wasser von 100° C in Dampf umgewandelt werden, so ist ein weiterer nicht fühlbarer Wärmehaufwand notwendig. Diesen nennt man Verdampfungs- oder latente Wärme. Der Wärmebedarf beträgt in diesem Falle für 1 kg zusätzlich 537 kcal. Also folgt daraus, dass der gesamte Wärmehaufwand vom Gefrier- bis zum Verdampfungspunkt $100 + 537 = 637$ kcal beträgt.“

10) *Vomstein*, C.: Regelung und Messung des Wärmeverbrauches bei zentraler Warmwasserheizung von Wohnsiedlungen; im „Gesundheitsingenieur“ (Zeitschrift für die gesamte Städtehygiene), Jg. 71, München 1950, S. 105 f.

11) Vgl. auch *Schulz*, a. a. O., S. 15.

Schwierigkeiten einstellen: Es ist nämlich nicht ohne Bedeutung, ob in einem Hause z. B. im Parterre und im zweiten Stock geheizt wird, im ersten aber nicht (im ersten Stock ist es wärmer, als wenn im ganzen Hause überhaupt nicht geheizt würde, und im zweiten Stock und im Parterre muss mehr geheizt werden, um die gleiche Temperatur zu haben, wie wenn in allen Stockwerken gleichmässig geheizt würde). Mit andern Worten: Die Heizungstemperatur und der Heizwärmeverbrauch des einzelnen Wärmebezügers¹² ist nicht unabhängig von dem Heizwärmeverbrauch eines andern Bezügers¹³.

In Ermangelung einer besseren Methode wird heute vielfach die Heizkostenverteilung pauschal, das heisst pro beheizten Kubikmeter Raum, pro angeschlossene Heizfläche (Radiatoren), u. a. m. berechnet.

Beim Fernheizkraftwerk der Eidgenössischen Technischen Hochschule in Zürich und bei andern grossen Werken erfolgt die Wärmeverrechnung auf Grund eines Zweigliedtarifs, bestehend aus¹⁴

- „1. einer festen Grundgebühr, abhängig nur von der Anschlussleistung der Liegenschaft
2. einer Konsumtaxe, die sich nach dem Marktpreis eines Bezugsbrennstoffes (meist Koks) und nach dem effektiven Wärmeverbrauch richtet.“

II. Entwicklungsgeschichtliche Grundlagen

A. Entwicklung allgemein

„Le chauffage urbain est très ancien, plus ancien même que la distribution de l'électricité, puisque la première installation de Lockport (USA) date de 1877“^{15, 16}. Bis 1941 sind „in den Vereinigten Staaten weit über 500 Fernheizwerke bis zum allergrössten Umfange ausgeführt“^{17, 18} worden. Willner fährt am gleichen Orte fort: „Es gibt dort keine grössere Stadt, in der sich nicht mindestens ein Fernheizwerk befindet. Erst Anfangs dieses Jahrhunderts fanden die Fernheizwerke auch in Deutsch-

12) es ist hierbei zu beachten, dass der Begriff des Wärmebezügers in diesem Beispiel nicht so gebraucht ist, wie weiter hinten (S. 27 f.) der des ‚Wärmeempfängers‘.

13) dazu Marx, Alex.: Zentralheizungs- und Warmwasserversorgung im geltenden Mietsrecht; im ‚Gesundheits-Ingenieur‘, Jg. 45 (Heft 49), München/Berlin 1922, S. 609.

14) aus ‚Das Fernheizkraftwerk der Eidgenössischen Technischen Hochschule (ETH) Zürich‘, Zürich 1949, S. 3.

15) Meystre, P.: Le chauffage urbain, Aufsatz vom 11. Aug. 1949, Lausanne 1949, S. 1 (Maschinenschrift).

16) vgl. auch Schulz, a. a. O., S. 13.

17) Willner, a. a. O., S. 6.

18) auch Schulz, a. a. O., S. 13.

land mit der Erbauung des Fernheizwerkes Dresden Eingang, nachdem vorher einige kleinere, unbedeutende Fernheizanlagen erstellt wurden. Heute existieren auch in Deutschland zahlreiche Fernheizwerke, und noch weit mehr sind für die nächste Zukunft in Projektierung begriffen.“ Sicher hat die Bedeutung der Fernbeheizung in Deutschland nach dem letzten Kriege noch entscheidend zugenommen, denn in Verbindung mit dem Neuaufbau nach den Zerstörungen des Krieges sind die Fernheizanlagen, deren wirtschaftliche^{19, 20} und hygienische Vorteile ja nie bestritten waren, mit berücksichtigt worden.

Für die Entwicklung in der Schweiz sagt *Meystre*²¹: „Ce n'est que beaucoup plus tard et avec un nombre limité d'installations que la Suisse prend sa place dans la série des pays qui utilisent ce système. En effet, prises dans l'ordre chronologique, il existe:

Les installations de la voirie de Zürich, mises en service en 1927;

l'installation de l'Ecole Polytechnique Fédérale de Zürich, mise en service en 1932;

les installations de Pierre-de-Plan du Service de l'Electricité de Lausanne, mises en service en 1934;

les installations du Service de l'Electricité de Bâle, mises en service en 1942.“

B. Heutiger Stand der Entwicklung in der Schweiz

Nach *Faber*²² waren es 1950 in der Schweiz 11 Heizkraftwerke, die bestellt waren und 9, die im Betrieb standen. Neben diesen Grossanlagen gibt es aber noch eine ganze Reihe von kleineren. Allein in der Stadt Zürich gibt es, wie ich aus Grundbucheinträgen ersehen konnte, ca. 20 Anlagen, die je zwischen 3 bis 50 Häuser heiztechnisch zusammenfassen. Das Fernheizwerk der Technischen Hochschule in Zürich beliefert heute ca. 150 Privatliegenschaften, neben den vielen und grossen Gebäudekomplexen des Bundes und des Kantons.

Um einen Begriff von der Bedeutung, die solche Fernheizanlagen erlangen können, zu vermitteln, möchte ich hier einen vom Fernheizkraftwerk der Technischen Hochschule in Zürich zur Verfügung gestellten Plan dieses Werkes beilegen, der die räumliche Ausdehnung der belieferten Liegenschaften deutlich illustriert (Frühjahr 1954).

19) *Bauer*, a. a. O., S. 173.

20) auch *Ruegg*, F.: Heisswasserübertragungsanlage des Fernheizwerkes in Zürich (ETH) für die Wärmebelieferung von Grossabnehmern, im 'Gesundheits-Ingenieur' (Zeitschrift für die gesamte Städtehygiene), Jg. 58, München 1935, S. 729.

21) *Meystre*, a. a. O., S. 1.

22) *Faber*, P.: Thermische Kraftwerke und Heizkraftwerke, in der Schweizer Bauzeitung, Jg. 68, 1950, S. 175.

Sicherlich steht die Entwicklung der Fernbeheizung in der Schweiz erst am Anfang. Die Bedeutung, die diese Art der Beheizung aber haben kann und mit aller Wahrscheinlichkeit auch bei uns einmal haben wird, ist nicht zu verkennen²³.

§ 2. Rechtliche Problemstellung und Rechtfertigung dieser Arbeit

I. Rechtliche Problemstellung und Aufbau der Arbeit

A. Rechtliche Problemstellung

1. Öffentliches Recht — Privatrecht¹:

Die vorliegende Arbeit soll sich mit *privatrechtlichen* Problemen auseinandersetzen. Obschon sich im Zusammenhange mit den grossen Fernheizwerken, die in der Schweiz bestehen, zahlreiche und sehr diskutabile öffentlich-rechtliche Fragen stellen, sollen hier nur privatrechtliche berücksichtigt werden: also jene Fragen, die dadurch entstehen, dass diese grossen Werke, die in der Regel öffentlich-rechtliche Gebilde sind, privaten Wärmebezüglern als gleichberechtigte Partei gegenüberreten. In dieser privatrechtlichen Betrachtung sind selbstverständlich auch die kleinern Verhältnisse berücksichtigt, bei denen nur relativ wenige Häuser von einer Zentrale beheizt werden.

2. Obligationenrechtlich:

Unter diesem Gesichtspunkte wird zu zeigen sein, welches die rechtliche Natur des Wärmelieferungsvertrages ist. Dieses Ergebnis möchte ich erreichen, indem ich so vorgehe, wie Jäggi^{2, 3} das in einer neueren Festschrift beschreibt: „Die juristische Betrachtung bezieht sich auf zwei Gegenstände: auf den konkreten Tatbestand und auf den Rechtssatz. Die

23) vgl. auch dazu den Aufsatz ‚Fernheizwerke zur Wärmeversorgung von Grosstädten‘ in der ‚Elektrizitätswirtschaft‘ (Zeitschrift der Vereinigung der Elektrizitätswerke), Jg. 41, 1942, S. 92—94; *Meystre*, P.: Le chauffage urbain, Vortrag, gehalten vor der Union Internationale des Villes et Pouvoirs Locaux in Genf am 15. September 1949, S. 8 (Maschinenschrift); ferner in der Broschüre ‚Quelques Applications de la pompe Thermique comme machine calorifique‘, herausgegeben von Brown, Boverie & Cie., Baden ohne Datum (ca. 1947), S. 23; *Bauer*, Bruno: Die Rolle der Heizkraftwerke in der schweizerischen Energiewirtschaft, in der Schweizer Bauzeitung, Bd. 103 (1934), S. 154—156; *Züblin*, a. a. O., S. 10 und 67; *Hüttig*, a. a. O., S. 3/4 und 18.

1) Zu dieser Unterscheidung vgl. *Burckhardt*, Organisation, S. 26 ff.; ferner *Guldener*, Max: Das Schweizerische Zivilprozessrecht, Bd. 1, Zürich 1947, S. 25.

2) *Jäggi*, S. 68/69.

3) in ähnlichem Sinne auch *Burckhardt*, Organisation, S. 241 und 249 ff.

gedankliche Hauptoperation des Juristen ist demnach die Subsumtion des konkreten Tatbestandes unter den Rechtssatz. Ihr gehen zwei Denkvorgänge voraus, durch die der Tatbestand und der Rechtssatz für die Subsumtion ‚reif‘ gemacht werden. Der eine lässt sich als Tatbestandsaufnahme bezeichnen. Er besteht in der Auswertung jener sinnlichen Wahrnehmungen, die dem Rechtsanwendenden erst die volle Kenntnis des konkreten Tatbestandes vermitteln. Zur Tatbestandsaufnahme gehört die Beweiswürdigung, ferner die Auslegung von Äusserungen, falls Äusserungen den Tatbestand bilden. Die zweite Operation ist die Auslegung des Rechtssatzes⁴. Durch sie wird der Inhalt des Rechtssatzes abgeklärt, soweit er im Hinblick auf den konkreten Tatbestand als unklar erscheint. Die Auslegung kann sich auf beide Elemente des Rechtssatzes beziehen, sowohl auf die Rechtsfolge als auf den abstrakten Tatbestand, für den die Rechtsfolge vorgesehen wird. Dabei sind nach beiden Richtungen hin die verschiedenen Auslegungsmethoden anwendbar, insbesondere die historische und die teleologische Methode.“

Wenn wir es auch in unserer Arbeit nicht mit Rechtsanwendung im engeren Sinne zu tun haben, so macht das doch keinen Unterschied in der Betrachtungsweise⁵. Der Unterschied liegt meines Erachtens einzig darin, dass der Rechtsanwendende die Lösung eines ganz bestimmten, eng umgrenzten Problems im Auge hat, während hier eher ein ganzer Komplex von Fragen in Betracht kommt. Aber auch dieser einzige Unterschied ist nicht gross, denn angenommen, es würde einem Gericht eine Streitigkeit in Verbindung mit einem Wärmelieferungsvertrag zur Beurteilung vorliegen, so müsste sich auch das Gericht zuerst klar werden über die rechtliche Natur dieses Vertrages.

Es rechtfertigt sich also durchaus, in dem genannten Sinne bei der Behandlung des gestellten Problems vorzugehen.

3. Sachenrechtlich:

Weil einerseits die Fernversorgung mit Wärme nicht als so notwendig empfunden wird wie etwa die Gas-, Wasser- oder Elektrizitätsversorgung (weil Wärme auch ohne weiteres selber hergestellt werden könnte), weil aber andererseits die Anlagen bei der Fernheizung ebenso kostspielig sind wie bei den andern genannten Anlagen und also ganz auf einen dauernden Bestand angewiesen sind, drängt es sich auf, „die rechtliche Sicherung des Bestandes und Betriebes von Fernheizwerken“⁶ ins Auge zu fassen.

4) Anmerkung des Verfassers: vgl. zu dieser Auslegung des Gesetzes *Burckhardt*, Methode, S. 252.

5) *Burckhardt*, Methode, S. 16: „Die Rechtswissenschaft, wenigstens die systematische, im Gegensatz zur historischen, hat ja keine andere Aufgabe als die Praxis.“

6) So lautet die Überschrift bei *Leemann*, S. 289.

Es sollen hier die sachenrechtlichen (grundbuchrechtlichen) Möglichkeiten der Sicherung auf die Dauer geprüft und die heute beste (will heissen einfachste und klarste) Lösung dargestellt werden.

B. Aufbau der Arbeit

Ich kann mich hier kurz fassen und einfach auf das vorhin unter A dieses Paragraphen Gesagte verweisen. Im ersten Teil wird die obligationenrechtliche Seite betrachtet werden. Die sachenrechtliche Seite soll im zweiten Teil erörtert werden. Kurze Hinweise auf den Aufbau der einzelnen Teile und Abschnitte sind, wo es für nötig erachtet worden ist, diesen Teilen und Abschnitten vorangestellt.

II. Rechtfertigung der Arbeit

A. Aus der Grösse des rechtlichen Problemkreises

Der rechtliche Problemkreis ist, wie aus dem eben Gesagten hervorgeht, nicht klein. Obligationenrechtlich führt uns die Bestimmung des Wärmelieferungsvertrages in die verschiedensten Gebiete des Schuldrechts. Es ist nicht so, dass in erster Linie eine Frage aus einem bestimmten Rechtsgebiete beantwortet werden muss. Ganz ähnlich verhält es sich in Bezug auf die sachenrechtliche Betrachtung. Die Rechtfertigung dieser Arbeit erblicke ich nicht so sehr im ersten als im zweiten Teil⁷.

B. Aus der wirtschaftlichen Bedeutung der Fernheizung

Aus ihr vor allem rechtfertigt sich, die Probleme im Zusammenhang darzustellen. Ob die Entwicklung der Fernbeheizung auch in der Schweiz so grosse Fortschritte machen wird, wie sie es in andern Ländern getan hat, das kann mit Sicherheit nicht vorausgesagt werden. Sicher aber ist, dass sehr viele Vorteile für eine starke Ausdehnung sprechen, vor allem in unserm Land, das auf die Einfuhr von Brennstoffen angewiesen ist und also nichts unversucht lassen darf, mit diesen Brennmaterialien rationell umzugehen. Es spricht also alles dafür, und das ist auch die Ansicht von Fachleuten, dass früher oder später die Fernbeheizung auch in der Schweiz eine grosse Bedeutung erlangen wird.

7) dazu nachfolgend unter C.

C. Aus dem Mangel an Literatur

In der Schweiz ist mir ausser einem kurzen Aufsatz von Prof. Leemann in der Juristenzeitung, den ich schon weiter vorne⁸ zitiert habe, keine Publikation bekannt, die diese Probleme beschlägt. Auch im deutschen⁹ und im französischen¹⁰ Schrifttum hat sich nichts finden lassen, das in direktem Zusammenhange entweder mit dem Wärmelieferungsvertrag oder mit der Dauersicherung des Verhältnisses stehen würde. Wenn ich vorhin unter A gesagt habe, dass vor allem der zweite Teil diese Arbeit rechtfertige, so deshalb, weil sich sicher im Zusammenhange mit Elektrizität-, Gas- und Wasserlieferung Analogien zum Wärmelieferungsvertrag ergeben. Bezüglich des Elektrizitätslieferungsvertrages besteht reiche Literatur. Die Dauersicherung jedoch ist auch in diesen verwandten Gebieten nicht oder nur ganz rudimentär berücksichtigt.

8) siehe Anm. 6 dieses Paragraphen.

9) Es wurden die wichtigen Bibliographien (auch solche, die Zeitschriftenaufsätze enthalten) durchgesehen und es wurde die Auskunftsabteilung der Öffentlichen Wissenschaftlichen Bibliothek in Berlin angefragt.

10) gestützt auf die Durchsicht von *Grandin*, *Bibliographie générale des sciences juridiques, politiques et économiques*, Paris 1926 ff. (für die Jahre 1800 ff.)

ERSTER TEIL

OBLIGATIONENRECHTLICHE PROBLEME

1. ABSCHNITT (§ 3): GRUNDLAGEN

I. Methode und Aufbau des ersten Teils

A. Methode:

Wenn im vorhergehenden Paragraphen gesagt wurde (Seite 10), dass es wohl kaum einen Unterschied macht für die Betrachtungsweise und für die Art des Vorgehens, ob das Recht in praxi anzuwenden ist oder ob man sich mit einer mehr oder weniger theoretischen Arbeit, wie der Vorliegenden, zu befassen hat, so wird diese Ansicht untermauert, wenn *Burckhardt*¹ sagt: „Die Aufgabe der Wissenschaft kann auch nicht getrennt werden von der Praxis, d. h. von der Aufgabe derjenigen, die das Recht setzen und anwenden; also in praktischer Arbeit begriffen sind. Es gibt nicht eine Methode der Rechtswissenschaft einerseits, und eine Methode der Rechtssetzung und Rechtsanwendung anderseits. — Die Rechtswissenschaft, wenigstens die systematische, im Gegensatz zur historischen, hat ja keine *andere* Aufgabe als die Praxis.“ Der Genannte fährt dann weiter unten fort: „Sie² stellt keine anderen Überlegungen an, als die, die der Gesetzgeber und Gesetzesanwender anstellen müssten. Sie will ihnen bloss vorarbeiten. Sie tut es nur in strengerer Methode, d. h. nicht im zufälligen Rahmen einer gerade zu lösenden Frage, sondern im sachlichen Rahmen der grundsätzlichen Fragen, in den die besondere Frage hineingehört.“ Es scheint mir deshalb richtig zu sein, das gesteckte Ziel (Darstellung der rechtlichen Natur des Wärmelieferungsvertrages) auf dem früher (S. 9) angedeuteten Kurse anzusteuern³.

1) *Burckhardt*, Methode, S. 16, vgl. auch S. 253; *ders.* a. a. O., S. 273 sagt im Zusammenhang mit der Auslegung des Gesetzes: „Die rechtliche Wirkung ist verschieden, aber die geistige Aufgabe ist dieselbe, da ja auch der Private dartun will, wie ein Richter richtigerweise das Gesetz, behufs Anwendung, auszulegen hätte. Beide haben, wenn sie ihr Ziel nicht verfehlen wollen, denselben Maximen zu folgen.“

2) gemeint ist die Rechtswissenschaft (Anmerkung des Verfassers).

3) Ähnlich wie Jäggi in seinem Aufsatz (siehe Anm. 2 zu § 2) auch *Burckhardt*, Organisation, S. 250/251.

B. Aufbau des ersten Teils:

Allgemein kann gesagt werden, dass im zweiten Abschnitt des ersten Teiles die Vorarbeiten für den folgenden dritten Abschnitt geleistet werden sollen. — Zu den Vorarbeiten gehören aber zwei Dinge: Betrachtung bestehender oder möglicher Wärmelieferungsverträge und Betrachtung der gesetzlichen Regelung.

1. Auslegung bestehender Verträge⁴:

Das ist der erste Teil der Vorarbeiten. Dazu gehört vor allem, dass die Bestimmungen bestehender solcher Verträge näher ins Auge gefasst werden. Es gehört aber auch dazu, solche Verträge zu ergänzen und zu vervollständigen, wenn das nötig erscheinen sollte. Mit andern Worten: es soll das für uns aktuelle Rechtsgeschäft, der Wärmelieferungsvertrag, tatbestandsmässig aufgenommen werden. Es wird dabei insofern eine Abstraktion vorgenommen werden, als nicht von einem, in der Praxis vorkommenden, speziellen Fall die Rede sein wird, sondern von einem aus verschiedenen solchen Verträgen gewonnenen, allgemeinen Tatbestand, von einem Normaltyp des Wärmelieferungsvertrages.

2. Auslegung der in Frage kommenden gesetzlichen Regelungen⁵:

Es ist dies der zweite Teil der Vorarbeiten. Darin soll geprüft werden, ob ein gesetzlich geregelter Vertragstyp so ausgelegt werden kann, dass er auf unsern Tatbestand Anwendung finden kann.

Wenn es sich vielleicht auch aufdrängen sollte, einer bestimmten gesetzlichen Regelung den Vorzug zu geben (weil wahrscheinlich aktuell), so sollen trotzdem, der Vollständigkeit wegen, alle der irgendwie möglich scheinenden, im Obligationenrecht getroffenen Regelungen, gestreift werden. Ich sage gestreift, weil die betreffenden Regelungen nur so weit Beachtung finden sollen, als sie, vernünftig betrachtet, wirklich Berührungspunkte mit dem Wärmelieferungsvertrag aufweisen. Mit diesem Vorgehen wird dann die Frage entschieden, ob wir es beim Wärmelieferungsvertrag mit einem Innominatkontrakt⁷ zu tun haben oder nicht.

3. Betrachtung des Wärmelieferungsvertrages im Zusammenhange:

Was uns im dritten Abschnitt noch zu tun bleibt, das ist, den Wärmelieferungsvertrag endgültig unter eine der gesetzlichen Regelungen zu subsumieren und, nach erfolgter Subsumtion, in seinen Wirkungen zu betrachten.

4) vgl. über die Auslegung von Rechtsgeschäften *Nawiaskey*, S. 221—224.

5) dazu *Nawiaskey*, S. 133 ff.

7) siehe unter II B dieses Paragraphen, S. 16/17.

II. Klarstellung einiger Begriffe

A. Allgemeines:

Bevor ich jedoch auf den vorhin dargelegten Gedankengang eingehe, möchte ich eine andere Frage abklären: die Frage nach klaren Begriffen.

Daraus, dass das schweizerische Obligationenrecht den Grundsatz der Vertragsfreiheit in Art. 19 anerkannt hat, ergibt sich notwendig, dass ausser den im Gesetz normierten Vertragstatbeständen im praktischen Leben eine grosse Zahl im Gesetz nicht oder nur teilweise geordneter Vertragsverhältnisse vorkommen können und auch tatsächlich vorkommen⁸. Zudem wird, durch Auslegung der Normen der im Gesetz geregelten Vertragstatbestände, diesen eine grosse Zahl von Unter- und Abarten beigefügt.

Nachdem ich mich im gegebenen Zusammenhang mit der rechtlichen Natur des Wärmelieferungsvertrages in der Literatur umgesehen hatte, war mir vor allem eines klar geworden: In Bezug auf die hier sicher oder möglicherweise aktuellen Begriffe herrscht weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung die Klarheit, die zu wünschen wäre. Nicht nur sind Begriffe von Autor zu Autor verschieden verwendet worden (das wäre noch zu verstehen, weil eben verschiedene Ansichten vertreten werden können), sondern derselbe Verfasser verwendet oft für verschiedene Begriffe denselben Ausdruck, oder, umgekehrt, für einen einzigen Begriff verschiedene Ausdrücke. So ist es ziemlich heikel, die verschiedenen Begriffe in einem grösseren Zusammenhang und in diesem am richtigen Orte zu sehen⁹.

Ich habe es deshalb für nötig befunden, den Zusammenhang wenigstens für diese Arbeit gültig festzulegen, weil es verwirrend und bemühend ist, wenn die selbe Sachlage bald so und bald anders bezeichnet wird, wenn unter dem selben Begriff bald das und bald etwas anderes verstanden werden muss.

8) Das ist schon derart oftmals gesagt worden, dass es, auch ohne die vielen Autoren anzugeben, nicht als Plagiat erscheint, wenn es hier nochmals gesagt wird; nicht als Plagiat deshalb, weil dieses Faktum sozusagen Allgemeingut geworden ist. Auf einige wenige Literaturstellen sei immerhin hingewiesen: *von Tuhr/Siegwart I*, S. 233; *Becker*, Kommentar 1941, N 3 zu Art. 19 OR; *Oserl/Schönenberger*, N 4 der Vorbemerkungen zur 2. Abt. des OR; *Oftinger*, Vertragsfreiheit, S. 316 und 320; *Gujer*, S. 17; *Bühlmann*, S. 55.

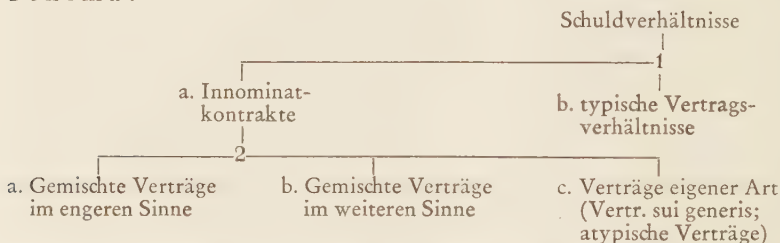
9) Das gilt m. E., obschon *Gujer*, S. 17, Anm. 5 und Text dazu, sagt, der Sukzessivlieferungsvertrag sei „durch die wissenschaftliche Darstellung und eine grosse Anzahl präjudizierender Gerichtsentscheide aus der Sphäre des blossen Handelsbrauches herausgehoben und unserem Rechtssystem als einhellig“ charakterisierter Bestandteil zugeordnet worden.

B. Typische und nichttypische Verträge:

Diese erste Gruppe von Begriffen lässt sich relativ leicht ordnen, und der Zusammenhang ist bald ersichtlich. Trotzdem ist auch hier nicht alles unbestritten; nur, will mir scheinen, ist es müssig, zu streiten, ob der einen oder der anderen Bezeichnung der Vorzug zu geben sei. Die Hauptsache ist doch, dass nach klaren Kriterien klar geschieden wird.

Ein Schema¹⁰ soll dazu beitragen, folgende Begriffe im Zusammenhang zu sehen: Typische Vertragsverhältnisse, Mischverträge, gemischte Verträge, gemischte Verträge mit Typenvermengung, gemischte Verträge ohne Typenvermengung, atypische Verträge, Verträge eigener Art, Verträge sui generis, Innominatkontrakte. Auf die einzelnen Begriffe näher einzugehen und einer möglichst lückenlosen Begriffsumschreibung eine grosse Begründung folgen zu lassen, ist hier, weil nur der Zusammenhang festgehalten werden soll, nicht der Ort.

Schema:



Zu 1): Die Frage ist: Regelt das Gesetz das Vertragsverhältnis so wie es sich darstellt oder nicht¹¹?

b. *Typische Vertragsverhältnisse*: Es sind diejenigen Vertragsverhältnisse, die im Gesetz in ihren einzelnen Tatbestandsmerkmalen und auch in der Zusammensetzung der Tatbestandsmerkmale ausdrücklich geregelt sind¹².

10) Die arabischen Zahlen im folgenden Text beziehen sich auf das Unterscheidungskriterium (im Schema angedeutet); die Buchstaben weisen auf die Verhältnisse in Bezug auf das Kriterium in der Untergruppe hin.

11) Dieses Unterscheidungskriterium ist wohl an und für sich nicht bestritten; jedoch gehen schon hier, in der Bezeichnung der nichttypischen Vertragsverhältnisse, die Meinungen auseinander.

12) *Gujer*, S. 32, nennt das „unselbständiger Vertrag“; daraus muss geschlossen werden, dass derselbe das, was wir unter 1 b Innominatkontrakt nennen, als selbständigen Vertrag bezeichnet; *Becker*, Kommentar 1941, N 3 zu Art. 19 OR nennt sie die „gesetzlichen Vertragstypen“ und derselbe, Kommentar 1934, S. 1, nennt die Verträge, „für die das Gesetz besondere Vorschriften aufgestellt hat“, typische Vertragsverhältnisse; *Stricker*, S. 47, verwendet die Bezeichnung „typische Vertragsart“ und stellt diesen typischen Vertragsarten die Verträge sui generis gegenüber; *von Tuhr/Sieghart* I, S. 234 spricht von „gesetzlich geregelten Vertragstypen“.

a. *Innominatkontrakte*¹³: Es sind diejenigen Vertragsverhältnisse, die im Gesetz nicht oder nicht in der gleichen Zusammensetzung der Tatbestandsmerkmale geordnet sind¹⁴.

Zu 2): Unterscheidungskriterium hier ist: Sind einzelne Tatbestandsmerkmale des Vertragsverhältnisses unter einem der typischen Vertrags-tatbestände des Gesetzes geordnet oder nicht?

a. *Gemischte Verträge im engern Sinne*: Das sind diejenigen Innominatkontrakte, deren Tatbestand eine im Gesetz nicht ausdrücklich geordnete Verbindung einzelner Tatbestandsstücke enthält¹⁵. Alle Tatbestandsmerkmale eines solchen Verhältnisses sind im Gesetz geregelt, nur die Verbindung zu einer Einheit ist verschieden¹⁶.

b. *Gemischte Verträge im weitem Sinne*: Das sind solche Innominatkontrakte, die in ihrem Tatbestand sowohl Merkmale aufweisen, die

13) Die Bezeichnung ‚Innominatkontrakte‘ ist eher selten anzutreffen, doch liegt vielfach der Einteilung in der Literatur ein solcher Begriff stillschweigend zu Grunde, siehe hierzu die folgende Anmerkung.

14) Weiss, Rechtsverhältnisse, S. 3/4 macht die unter 1) genannte Unterscheidung auch, gibt aber für das, was wir Innominatkontrakte nennen, keine Bezeichnung; Gujer, S. 23, nennt das unter 1 a Dargestellte „Vertrag suis generis“; Hürlimann, S. 11, hält auch, wie wir unter nachfolgend 2), gemischte Verträge und Verträge suis generis auseinander, kennt aber keinen Oberbegriff; Becker, Kommentar 1941, N 3 zu Art. 19 OR, nennt diesen Oberbegriff nicht, doch liegt er sicher seiner Einteilung zu Grunde, wenn er die gesetzlichen Vertragstypen einerseits den gemischten Verträgen und den Verträgen eigener Art anderseits gegenüberstellt; Wyler, S. 63, stellt den im Gesetz geregelten Vertragstypen die Verträge sui generis gegenüber; Mouttet, S. 9, spricht von „contrats innomés“; auch Blass, S. 56, nennt Verträge, die unter keine der im Gesetz geordneten Vertragskategorien passen, Innominatkontrakte; von Tuhr/Sieggwart I, S. 234, gibt wiederum keine allgemeine Bezeichnung für die nicht gesetzlich geregelten Vertragstypen.

15) Diese Definition entspricht dem Sinne nach derjenigen von Hoeniger, S. 4, und dem Wortlaute nach derjenigen von Weiss, Rechtsverhältnisse, S. 16, mit dem einen Unterschied, dass Weiss an Stelle von ‚Tatbestandstücke‘ „Hauptleistungen“ sagt. Beide (Hoeniger und Weiss) nennen das, was sie an genannter Stelle definieren, „gemischter Vertrag“.

Schreiber, S. 110/111, versteht unter gemischten Verträgen solche (zitiert nach Weiss, a. a. O., S. 11/12), „die dem Reichsschuldrecht angehören und gesetzlich aufgestellte Vertragstypen ganz oder teilweise enthalten, ohne sich doch mit ihnen zu decken“; von Tuhr/Sieggwart I, S. 234, endlich nennt kurz „Mischverträge“ das bei uns unter 2a und 2b Aufgeführte.

Zusammenfassend: Das, was hier gemischte Verträge im engern Sinne genannt wird, wird von Hoeniger einfach gemischter Vertrag genannt; von Weiss wird ein noch etwas speziellerer Tatbestand gemischter Vertrag genannt; von Schreiber aber wird das, was wir unter gemischtem Vertrag im weitem Sinne verstehen, gemischter Vertrag genannt.

Auf Hoeniger stützen sich eine ganze Reihe von Autoren: Gujer, S. 31; Hürlimann, S. 11; Becker, Kommentar 1941, N 4 zu Art. 19 OR; u. a. m. (weitere Literaturangaben bei Weiss, Rechtsverhältnisse, S. 11–13 v. a.).

16) Die Unterteilung der gemischten Verträge bei Hoeniger, S. 33/34, in solche mit und solche ohne Typenvermengung (nach ihm auch Becker, Kommentar 1941, N 4 zu Art. 19 OR) ist in unserm Schema eine Unterteilung der gemischten Verträge im engern Sinne.

im Gesetz unter einem der typischen Vertragsverhältnisse zu finden sind, als auch solche, die im Gesetz nicht geordnet sind¹⁷.

- c. *Verträge sui generis*: Das sind solche Innominatkontrakte, die nur Tatbestandsmerkmale enthalten, die unter keinem der im Gesetz geordneten Vertragstatbestände geordnet sind¹⁸.

C. Veräusserungsgeschäfte:

Durch die verschiedensten Nebenabreden hat das praktische Leben vor allem bei den Veräusserungsverträgen eine Vielgestaltigkeit sondergleichen erreicht¹⁹. Ganz besonders ist das der Fall im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag (Fahrniskauf)²⁰. Auch hier möchte ich, um einen Begriff von der herrschenden Wirrnis zu geben, zuerst die verschiedenen Benennungen, die sich eingebürgert haben, folgen lassen, um erst nachher den Klarstellungsversuch zu beginnen:

Real- oder Handkauf, Gewöhnlicher Kaufvertrag, Tages- oder Bar-kauf, Lieferungskauf, Sukzessivlieferungskauf, Vertrag auf fortgesetzte Lieferung, Sukzessivlieferungsvertrag, fortgesetzter Lieferungskauf auf Abruf nach Bedarf, Sukzessivlieferungsgeschäft, Lieferungsvertrag im engeren und im weitem Sinne, Werklieferungsvertrag, Dauerschuldverhältnis, Wiederkehrschuldverhältnis, Ratengeschäft, Abruf nach Bedarf, Bedarfskauf, unechter und echter Bedarfskauf, Spezifikationskauf, Kauf auf Abruf, Zuleitungsverträge, Bedarfsdeckungsvertrag, Produktionsabnahmevertrag, Sukzessivwerkvertrag, Bedarfsvertrag, u. a. m..

Auch diese Begriffe sollen anhand eines Schemas im Zusammenhange gesehen werden. Zunächst soll aber ein Überleitungsschema die Verbindung mit der ersten schematischen Darstellung zeigen. Auf diese Überleitung soll, mag sie auch selbstverständlich erscheinen, der Vollständigkeit halber nicht verzichtet werden.

17) Weiss, Rechtsverhältnisse, S. 51, findet die bei uns in Anm. 16 angetönte Unterteilung, die Hoeniger macht, nicht für nötig; dagegen macht es den Anschein, als ob er unsere Unterteilung in gemischte Verträge im engeren und im weitem Sinne billigen würde, wenn er von dem, was er auf Seite 16 definiert, als von gemischten Verträgen im eigentlichen Sinne spricht.

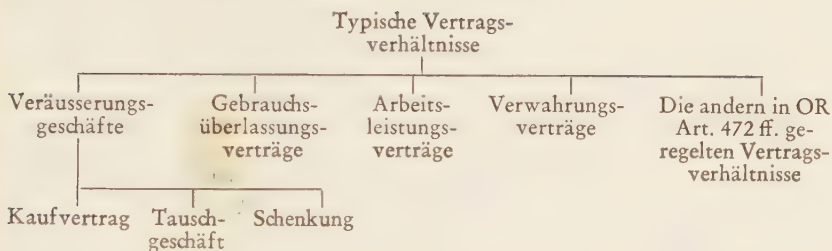
18) Es ist dies der Tatbestand, den Weiss, Rechtsverhältnisse, S. 3, unter 1 a beschreibt. Auf Seite 4 aber fasst derselbe das, was wir hier gemischte Verträge im weitem Sinne und Verträge sui generis genannt haben, zusammen unter den Begriff der „Verträge sui generis“; Becker, Kommentar 1941, N 10 zu Art. 19 OR, spricht von „Verträgen eigener Art“ oder von „atypischen Verträgen“ und versteht darunter dasselbe, wie wir unter Verträgen sui generis verstehen.

Dass Stricker, S. 47, unter Verträgen sui generis etwas anderes versteht als wir, ist schon vorhin unter Anm. 12 gesagt worden; von Tuhr/Siegwart I, S. 234, verwendet „Verträge sui generis“ in ähnlichem Sinne wie wir; nach Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 320, sind überhaupt nur diese Verträge sui generis Innominatkontrakte.

19) Froehlich, S. 11.

20) Oser/Schönenberger, N 18 ff. zu Art. 184 OR; Gujer, S. 67; Bühlmann, S. 61.

Überleitungsschema:



Das folgende Schema soll ausgehen vom Kauf (Fahrniskauf; die Linie im Überleitungsschema führt also von den typischen Vertragsverhältnissen zum Kaufvertrag). Aus zwei Gründen ist der Kaufvertrag der Ausgangspunkt: erstens im Hinblick auf die rechtliche Natur des Wärmelieferungsvertrages und zweitens, weil vor allem am Kauf die vorher angetönte Vielfalt der Begriffe entwickelt worden ist.

Die Gefahr eines jeden Schemas ist, das einmal Gefundene zu verabsolutieren. Diese Gefahr ist in unserm Falle aber deshalb nicht sehr gross, weil keineswegs Anspruch darauf erhoben wird, die Unterteilung nach allen möglichen Kriterien vollzogen zu haben. Es wird durchaus eingesehen und im Auge behalten, dass zwischen den einzelnen Begriffen verschiedenste Kombinationen möglich sind, dass also das Schema ²¹ niemals vollständig ist.

Der Ausgangspunkt ist also der Kauf. Es sei kurz auf dessen Definition ²² hingewiesen: „Kauf ist der obligatorische Vertrag, der den Umsatz von Waren, Grundstücken oder Rechten gegen Geld zum Gegenstand hat ²³.“

Zu 1): Kriterium ist die Erfüllungszeit auf Seiten des Verkäufers. Die Frage lautet: Hat der Verkäufer sofort bei Vertragsabschluss oder erst in einem späteren Zeitpunkte zu leisten ²⁴?

a. *Gewöhnlicher Kauf*: Es ist derjenige Kaufvertrag, bei dem die Sache sofort mit Abschluss des Vertrages übergeben wird ²⁵. Die Bezeichnung ‚Barkauf‘ bezieht sich eher auf die Unterscheidung, die vom Zeitpunkt der Leistung des Käufers ²⁶ ausgeht (Barkauf im Gegensatz zum Kreditkauf).

21) Mit den Bezeichnungen und Erläuterungen soll es gleich gehalten werden wie auf S. 16; siehe Anm. 10 zu diesem Paragraphen.

22) vgl. auch *Guhl*, S. 237/238; *Leonhard*, S. 4; *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 363; *Hürlimann*, S. 17; *Niessen*, S. 33.

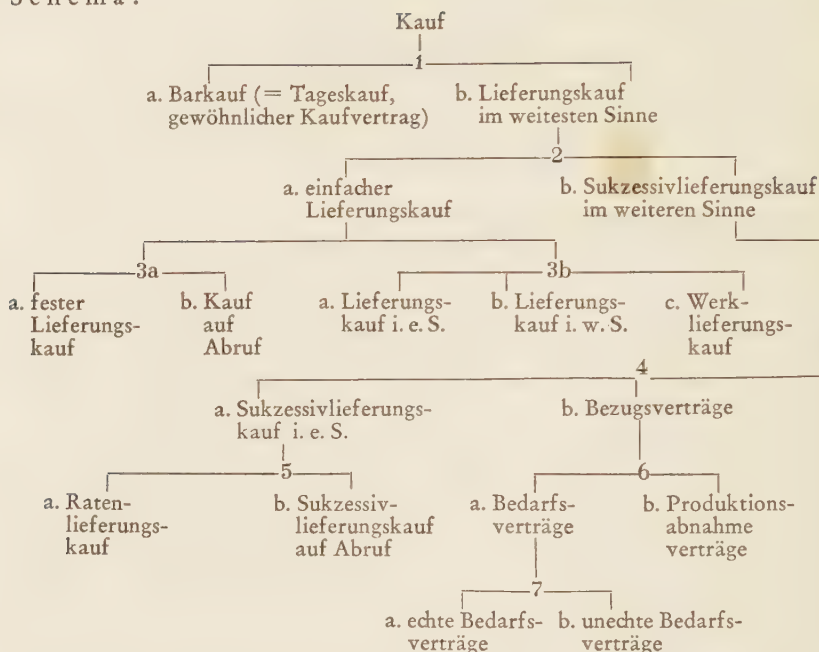
23) *Becker*, Kommentar 1934, N 2 der Vorbemerkungen zu Art. 184—186 OR.

24) *Oser/Schönenberger*, N 26/27 zu Art. 184 OR.

25) *Gujer*, S. 19: „Ein gewöhnlicher Kaufvertrag involviert die sofortige Übergabe der verkauften Sache mit Abschluss des Vertrages“; vgl. auch *Hürlimann*, S. 17; *Gekeler*, S. 13 oben.

26) *Oser/Schönenberger*, N 32/33 zu Art. 184.

Schema :



b. Lieferungskauf im weitesten Sinne: Das ist derjenige Kaufvertrag, bei dem sich der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Ware in einem späteren Zeitpunkt als dem des Vertragsabschlusses zu übergeben ²⁷.

Zu 2): Unterscheidungskriterium ist die Zahl der nachträglichen Erfüllungshandlungen. Die Frage lautet: Hat der Veräußerer mit einer einmaligen späteren Erfüllungshandlung seiner Vertragspflicht Genüge getan oder nicht?

a. Einfacher Lieferungskauf: Es ist derjenige Lieferungskauf, bei dem der Verkäufer sich zu einer einmaligen Erfüllungshandlung (Leistung) in einem späteren Zeitpunkt als dem des Vertragsabschlusses verpflichtet.

b. Sukzessivlieferungskauf im weitem Sinne: Es ist derjenige Lieferungskauf, bei dem sich die nachträgliche Leistung des Veräußerers über mehrere zeitlich getrennte Erfüllungshandlungen erstreckt ²⁸.

²⁷⁾ von Tuhr/Siehwart II, S. 510, denkt an etwas viel weniger weit Gehendes, wenn er sagt: „Solche Vorbereitungshandlungen sind z. B. ... beim Lieferungskauf der Abruf, ...“; Gujer, S. 19, dagegen kennt diesen weitgefassten Begriff auch; derselbe betont auf S. 36, dass mit dieser Klassifizierung nur etwas ausgesagt ist über die Erfüllung auf Seiten des Veräußerers; ähnlich auch Hammer, S. 4; Vetsch, S. 4; Zencke, S. 5; ebenso Leonhard, S. 10.

Es erübrigt sich meines Erachtens, die ältere Ansicht zu erörtern²⁹, wonach beim Sukzessivlieferungskauf ein Vorvertrag vorliege über anschliessende Hauptverträge (Kaufverträge). Wenn ich nämlich vom Sukzessivlieferungskauf, und nicht einfach vom Sukzessivlieferungsvertrag spreche, so hat das seinen guten Grund: Ich möchte das Element ‚Kauf‘ betonen und ganz bewusst den Sukzessivlieferungsvertrag nur im Rahmen des einheitlichen Kaufvertrages betrachtet wissen. Müsste auch die Frage des Vorvertrages gestreift werden, so ginge es nicht an, das obige Schema mit dem Kauf beginnen zu lassen, denn dass der Kauf ein einheitlicher Vertrag ist, das ist wohl nie bezweifelt worden. — Zudem ist nach neuerer Ansicht³⁰ auch der Sukzessivlieferungsvertrag allgemein als einheitlicher Vertrag aufzufassen.

Zu 3a): Kriterium der Unterscheidung ist die Bestimmtheit der Leistungszeit für den Veräusserer.

- a. *Fester Lieferungskauf*: Es ist derjenige einfache Lieferungskauf, in dem die eine Partei (Verkäufer) im Vertrage verpflichtet wird, die Leistung in einem späteren, im Vertrag bestimmten Zeitpunkte zu erbringen.
- b. *Kauf auf Abruf*: Es ist derjenige einfache Lieferungskauf, bei dem es dem Belieben der einen Partei (Käufer) überlassen ist, den Zeitpunkt der Lieferung für den Verkäufer nach Vertragsabschluss zu bestimmen³¹.

28) *Hammer*, S. 3: „Ein Sukzessivgeschäft liegt dann vor, wenn die Erfüllung des Rechtsgeschäfts in Teilleistungen zu erfolgen hat.“ (genauere Begriffsbestimmung auf S. 4 des genannten Autors); vgl. auch *Roth*, S. 145; *Niessen*, S. 54; *Alcalay*, S. 35 und 36, wo die Begriffsbestimmungen für Sukzessivlieferungsvertrag von *Hirsch*, *Müller*, *Staub* und *Hesse* zusammengestellt sind; *Hueck*, S. 164/165; *Gujer*, S. 64 nach A. 76 (er weist auch auf die Kontroverse hin, in Anm. 78, die darüber besteht, „ob auch die Zahlung für jede einzelne Lieferung gesondert zu erfolgen habe“).

Es würde zu weit führen, wenn hier alle Lehrmeinungen dargestellt würden; es sei deshalb nur noch auf eine Reihe von Autoren hingewiesen, die diesen weiten Begriff des Sukzessivlieferungsvertrages kennen: *Oser/Schönenberger*, N 19 zu Art. 184 OR; *Wüthrich*, S. 21/22; *Vetsch*, S. 5; *Gekeler*, S. 9; *Müller*, Sukzessivlieferungsvertrag, S. 510; *von Tuhr/Siegmart* II, S. 451; *Guhl*, S. 245 (weiter unten führt er allerdings eine Einschränkung an, der wir nicht zustimmen können, siehe hinten, S. 24/25).

29) *Oser/Schönenberger*, N 19 zu Art. 184 OR, weist auf die Schwierigkeiten hin, die es oft macht, einen Sukzessivlieferungskauf von einem Vorvertrag bezüglich nachfolgender Käufe zu unterscheiden. Das muss aber doch heissen, dass der Sukzessivlieferungskauf ein einheitlicher Vertrag ist; über die Problematik Vorvertrag—Hauptvertrag oder einheitlicher Vertrag vgl. *Roth*, S. 145 ff.

30) Die meisten neueren Autoren weisen darauf hin, dass nicht nur der Sukzessivlieferungskauf, sondern der Sukzessivlieferungsvertrag ganz allgemein ein einheitlicher Vertrag ist. Vgl. dazu die Ausführungen bei *Gujer*, S. 27—30; *Hürli-mann*, S. 5/6 und die dort zitierte Literatur und Judikatur; allgemein zur Frage des Vorvertrages siehe *von Tuhr/Siegmart* I, S. 252/253.

31) Nähere Bestimmung des Kaufs auf Abruf bei *Gujer*, S. 38; dazu *ders.*, S. 19 und 31; *Oser/Schönenberger*, N 21 zu Art. 184 OR; *Froehlich*, S. 9; *Freudenthal*, S. 4; *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 99: „Die zeitliche Fixierung kann auch dem Gläubiger überlassen werden, so beim Kauf auf Abruf.“

Zu 3b): Kriterium ist hier die Herkunft der zu liefernden Ware³². (Es sei hier³³, weil es in diesem Zusammenhange besonders leicht ersichtlich ist, darauf hingewiesen, dass nach diesem Kriterium auch die unter 3a) genannten Tatbestände unterteilt werden könnten. Die Begriffe, die dabei sich ergeben würden, wären: fester Lieferungskauf im engeren Sinne, fester Lieferungskauf im weiteren Sinne, fester Werklieferungskauf; Kauf auf Abruf im engeren Sinne, Kauf auf Abruf im weiteren Sinne, Werklieferungskauf auf Abruf).

- a. *Lieferungskauf im engeren Sinne*: Es ist derjenige einfache Lieferungskauf, bei dem der Verkäufer die zu liefernde Ware erst von dritter Seite³⁴ beschaffen muss³⁵.
- b. *Lieferungskauf im weiteren Sinne*: Es ist derjenige einfache Lieferungskauf, bei dem sich die zu liefernde Ware zur Zeit des Vertragsabschlusses im Besitze des Verkäufers befindet³⁶.
- c. *Werklieferungskauf*: Es ist derjenige einfache Lieferungskauf, bei dem der Verkäufer die zu liefernde Ware aus Stoffen, die nicht dem Käufer gehören³⁷, erst herstellen muss³⁸.

Zu 4): Kriterium ist die Bestimmtheit der Lieferungsmenge und der Dauer des ganzen Vertrages (es ginge zu weit, wenn hier alle vier Möglichkeiten auseinandergehalten würden: Dauer und Menge bestimmt, Dauer und Menge unbestimmt, Dauer bestimmt — Menge unbestimmt, Dauer unbestimmt — Menge bestimmt).

- a. *Sukzessivlieferungskauf im engeren Sinne*: Es ist derjenige Sukzessivlieferungsvertrag, bei dem die Dauer des ganzen Vertrages wie auch der Umfang der ganzen Vertragsleistung bestimmt ist mit Vertragsabschluss³⁹; jede Rate ist ein Teil⁴⁰ der zu liefernden Gesamtmenge.

32) *Emerich*, S. 241, macht diese Unterscheidung nicht und nennt all das bei uns unter 3 b Genannte „Lieferungsvertrag“.

33) Auch *Gujer*, S. 19, weist auf diese Verbindungsmöglichkeiten hin; *Froehlich*, S. 9, erwähnt die verschiedenen Möglichkeiten, die sich für die Abrufsklausel ergeben.

34) *Hammer*, S. 3/4, spricht in diesem Zusammenhange auch von „Lieferungsvertrag im engeren Sinne“; in gleichem Zusammenhange spricht *Sieberg*, S. 11 und 49 einfach von „Lieferungsvertrag“ und *Emerich*, S. 241, von „eigentlichem Lieferungsvertrag“.

35) *Oser/Schönenberger*, N 23 zu Art. 184 OR, nennt einen Tatbestand „Lieferungsvertrag“, der bei uns dem Werklieferungskauf entspricht.

36) Dieser Begriff entspricht etwa demjenigen von *Sieberg*, S. 49, der aber einen Vertrag, der „die Lieferung von Waren zum Gegenstand“ hat, „die der Verkäufer vorrätig oder doch zu seiner Verfügung hat“ einfach „Kaufvertrag“ nennt.

37) gleicher Ansicht *Hammer*, S. 4; vgl. auch *Sieberg*, S. 49, und *Emerich*, S. 242.

38) Genauere Beschreibung bei *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 551/552; anderer Ansicht als *Lehmann*: *Leonhard*, S. 233.

39) *Hürlimann*, S. 16, stellt diesen Fall als die Regel bei Sukzessivlieferungsverträgen dar; *Wyler*, S. 63, spricht von dem unter 4 a genannten als der „Normalform des Sukzessivlieferungsvertrages“; *Niessen*, S. 55, nennt

- b. *Bezugsverträge* (Verträge auf fortgesetzte Lieferung): Es sind diejenigen Sukzessivlieferungskaufverträge, bei denen weder der Umfang der ganzen Vertragsleistung, noch die Dauer des ganzen Vertrages mit Vertragsabschluss bestimmt sein müssen⁴¹; durch die einzelne Vertragsleistung wird nicht ein Teil⁴² an eine zu liefernde Gesamtmenge geliefert, weil eine solche Gesamtmenge nicht festgelegt ist. Zu 5): Kriterium ist die Bestimmtheit der einzelnen Rate.
- a. *Ratenlieferungskauf*⁴³: Es ist derjenige Sukzessivlieferungskauf, bei dem im Vertrag die Raten nach Umfang und Zeit⁴⁴ bestimmt sind⁴⁵.
- b. *Sukzessivlieferungskauf auf Abruf*: Es ist derjenige Sukzessivlieferungs-

unsere Sukzessivlieferungskauf im engeren Sinne die „Grundform des Sukzessivlieferungsvertrages“; ebenso hat *Roth*, S. 144, diesen Begriff im Auge, wenn er von der „wichtigsten Form des Sukzessivgeschäftes, dem Sukzessivlieferungsvertrag oder Raten- bzw. Teillieferungsvertrag“ spricht.

40) *Gujer*, S. 64, spricht zutreffend von Teilerfüllung beim „gewöhnlichen Ratengeschäft“; *Hürlimann*, S. 15, nennt es „sukzessive Erfüllung“, im Gegensatz zur Pflicht zu „fortgesetzten Lieferungen“ bei unseren Bezugsverträgen.

41) Aus den Ausführungen bei *Gierke*, Schuldverhältnisse, S. 362, geht hervor, dass er überhaupt nur die Fälle als Sukzessivlieferungsverträge betrachtet, bei denen kein festes Quantum gekauft wird (auf diese Umstellung der Begriffe weist auch *Vetsch*, S. 17/18, hin); gleich wie *Gierke* auch *Gekeler*, S. 10, der von unseren Sukzessivlieferungskäufen im engeren Sinne als von „sukzessivlieferungsvertragsähnlichen Verträgen“ spricht.

Vetsch, S. 17, sagt dagegen von den Verträgen auf fortgesetzte Lieferung (und ihm folgt ein neuerer ausführlicher Entscheid in *BlZR* Bd. 40, Nr. 114, S. 293 ff.; vgl. auch *BlZR* Bd. 36, Nr. 116, S. 227): Für uns ist es „klar, dass wir einen Vorvertrag mit nachfolgenden Hauptverträgen (Kaufverträgen) vor uns haben“. *Vetsch* zählt somit diese Verträge nicht mehr zu den Sukzessivlieferungsverträgen in unserem Sinne (siehe vorn, Anm. 30); wie *Vetsch* auch *Guhl*, S. 245, wenn er für den Bedarfsvertrag in unserem Sinne und für den Produktionsabnahmevertrag (siehe nachfolgend 6 a und 6 b) das Vorliegen eines einheitlichen Kaufvertrages und damit eines Sukzessivlieferungskaufes verneint.

Aus *Gujer*, S. 61 und 64, ist nicht klar ersichtlich, wie das Verhältnis zwischen Bezugsvertrag, Bedarfsvertrag, Vertrag auf fortgesetzte Lieferung (= Wiederkehrschuldverhältnis) und Sukzessivlieferungskauf sein soll. Es muss seinen Darlegungen entnommen werden, dass zu den Bezugsverträgen neben den Bedarfsverträgen auch die Verträge auf fortgesetzte Lieferung gerechnet werden. Als Sukzessivlieferungskauf bezeichnet er das, was wir Bezugsvertrag nennen;

Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 366, setzt „Sukzessivlieferungsvertrag“ gleich „Bezugsvertrag“, fasst aber den Begriff soweit, dass sowohl unser Bezugsvertrag als auch unser Sukzessivlieferungskauf im engeren Sinne darunter fallen.

42) *Gujer*, S. 64, spricht von der „Vollerfüllung einer selbständigen, vorübergehenden Verpflichtung“.

43) *Vetsch*, S. 10, nennt das „Urform des Sukzessivlieferungsvertrages“; *ders.*, S. 18: „Der Urtypus des Sukzessivlieferungsvertrages ist kein „dauerndes Schuldverhältnis“; denn er geht durch Erfüllung unter, und zwar allmählich, ...“.

44) *Oser/Schönenberger*, N 19 zu Art. 184 OR, erwähnt nur die Leistungszeit: „Die Leistungszeit kann zum vornherein festgesetzt werden ...“.

45) *Niessen*, S. 55 (siehe vorn, Anm. 39), umschreibt das wie folgt: „Die Grundform des Sukzessivlieferungsvertrages ist ein Vertrag, der auf Lieferung einer fest bestimmten Menge gegen ein festbestimmtes Entgelt in nach Menge und Zeit festbestimmten Raten geht“; ähnlich, aber nicht so präzise, *Gekeler*, S. 8.

kauf, bei dem es dem Belieben einer Partei (des Käufers) überlassen bleibt, nach Vertragsabschluss sowohl den Umfang als auch ⁴⁶ die Zeit ⁴⁷ der einzelnen Rate zu bestimmen ⁴⁸.

Zu 6): Kriterium ist die Hauptbindung der Parteien. Liegt diese beim Verkäufer oder Käufer ⁴⁹?

a. *Bedarfsverträge*: Es ist derjenige Bezugsvertrag, bei dem der Käufer vor allem ⁵⁰ gebunden ist. Er hat, wenn sich ein Bedarf einstellt, diesen beim Gegenkontrahenten zu befriedigen.

46) BGE 59 II 306 f.: zum gewöhnlichen Sukzessivlieferungskauf auf Abruf kann es auch gehören, dass die Menge der Rate dem Belieben des Käufers überlassen bleibt; wie das Bundesgericht auch *Froehlich*, S. 21, *Hesse*, S. 3 und vor allem S. 5; *Vetsch*, S. 2 und 10; *Wüthrich*, S. 22; *Gujer*, S. 58 und 59 oben; *Hürlimann*, S. 8, weist zunächst nur auf die Bestimmbarkeit des Zeitpunktes hin, auf S. 11 aber nennt er beides, Zeitpunkt und Grösse der Einzelrate.

47) *Oser/Schönenberger*, N 21 zu Art. 184 OR, will die Wahlmöglichkeit des Käufers nur auf die Lieferungszeit beschränkt wissen; ebenso *Müller*, Sukzessivlieferungsvertrag, S. 510; *Frendenthal*, S. 4; *Guhl*, S. 245, weist im Zusammenhang mit dem Kauf auf Abruf oder mit dem Kauf nach Bedarf auch nur auf den Zeitpunkt für die einzelne Teillieferung hin.

48) Der Unsicherheit, die aus den beiden vorhergehenden Anmerkungen herausgelesen werden muss, wäre leicht abzuhelfen, wenn man „Sukzessivlieferungskauf auf Abruf“ jenen Sukzessivlieferungskauf nennen würde, bei dem nur die Zeit durch den Käufer bestimmt werden kann, „Sukzessivlieferungskauf auf Abruf nach Bedarf“ aber jenen, bei dem sowohl Zeitpunkt als auch Menge der Einzellieferung vom Käufer nachträglich bestimmt werden können.

49) vgl. *Vetsch*, S. 11, der dieses Kriterium zwar nicht im gleichen Zusammenhang wie wir erläutert, sondern im Zusammenhang mit der Unterteilung dessen, was bei uns Sukzessivlieferungskauf im engeren Sinne genannt wird (siehe unten, Anm. 50, Alinea 2).

50) vgl. auch *Gujer*, S. 60, „Der Käufer ist in diesem Fall verpflichtet, seinen ganzen Bedarf beim Kontrahenten zu decken.“; man beachte auch dessen Ausführungen auf S. 61; ebenso *Hürlimann*, S. 15.

Vetsch, v. a. S. 11 und 15/16, unterteilt meines Erachtens ziemlich widerspruchsvoll folgendermassen: von Oertmann übernimmt er den Begriff des ‚Bezugsvertrages‘ und spricht im Zusammenhang mit diesem von einer Komplikation des Sukzessivlieferungsvertrages. Das muss doch heissen, dass *Vetsch* die Bezugsverträge zu den Sukzessivlieferungsverträgen zählt (das geht aus seiner Systematik hervor). *Vetsch* übernimmt des weiteren die ‚Bedarfsverträge‘ einerseits und die ‚Produktionsabnahmeverträge‘ andererseits, als die beiden Unterbegriffe der Bezugsverträge. Daraus folgt, dass er zunächst auch die Bedarfsverträge unter die Sukzessivlieferungsverträge in seinem Sinne rechnet. Des weitem aber unterteilt er die Bedarfsverträge: „Es gibt nämlich solche, welche auf eine bestimmte Zeit hin abgeschlossen sind und gleichzeitig ein übersehbares Quantum an Ware umfassen, andererseits solche, welche entweder von vorläufig ungewisser Dauer sind oder bei denen der Umfang des eintretenden Bedarfes noch ganz im Dunkeln liegt.“ (*ders.*, S. 11). Die ersten nun zählt er zu den Sukzessivlieferungsverträgen, die zweiten aber behandelt er zusammen mit den ‚Verträgen auf fortgesetzte Lieferung‘, die er auf S. 17 als „Dauerschuldverhältnisse“ bezeichnet und sagt: „Was die *rechtliche Konstruktion* dieses Vertragsverhältnisses anbelangt, so ist es für uns klar, dass wir einen Vorvertrag mit nachfolgenden Hauptverträgen (Kaufverträgen) vor uns haben.“ (siehe auch vorn, Anm. 41 zu diesem Paragraphen).

- b. *Produktionsabnahmeverträge*: Der Verkäufer vor allem ist gebunden: Er hat seine ganze Produktion dem Käufer zu überlassen⁵¹.
Zu 7): Kriterium ist das Vorhandensein einer minimalen Abnahmeverpflichtung⁵².
- a. *Echte Bedarfsverträge*: Es sind diejenigen Bedarfsverträge, bei denen der Käufer eine minimale Abnahmepflicht nicht hat. Wenn sich kein Bedarf einstellt, so muss er auch nichts beziehen.
- b. *Unechter Bedarfsvertrag*: Der Käufer muss ein Minimalquantum beziehen, ob sich dafür ein Bedürfnis zeigt oder nicht.

D. Zusammenfassung:

1. Eine systematische Darstellung hilft vielleicht, das eben Ausgeführte zu verdeutlichen:

Kauf

I. Gewöhnlicher Kauf

II. Lieferungskauf im weitesten Sinne

A. einfacher Lieferungskauf

1. fester Lieferungskauf und Kauf auf Abruf

2. Lieferungskauf im engeren Sinne, Lieferungskauf im weiteren Sinne, Werklieferungskauf.

B. Sukzessivlieferungskauf im weiteren Sinne

1. Sukzessivlieferungskauf im engeren Sinne

a. Ratenlieferungskauf

b. Sukzessivlieferungskauf auf Abruf

2. Bezugsverträge

a. Bedarfsverträge

aa. echte Bedarfsverträge

bb. unechte Bedarfsverträge

b. Produktionsabnahmeverträge

2. Es ist, wie schon an anderer Stelle⁵³ betont wurde, nicht die Meinung, mit diesem Versuch zur Schaffung einer Grundlage, eine Zusammenstellung von allgemeiner Geltung geschaffen zu haben. Es wollte

Um die Unsicherheit noch grösser zu machen, setzt *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 366, „Sukzessivlieferungsverträge“ = „Bezugsverträge“.

Wenn *Vetsch*, S. 11, die eine Unterart der Bedarfsverträge speziell von den Sukzessivlieferungsverträgen trennt, so dürfte doch wohl angenommen werden, dass er die andere Art und die Produktionsabnahmeverträge zu den Sukzessivlieferungsverträgen rechnet; demgegenüber aber stellt *Guhl*, S. 245, ausdrücklich fest, dass das, was wir unter 6 a verstehen, *nicht* Sukzessivlieferungsverträge seien, sondern Vorverträge.

51) vgl. dazu vorn, Anm. 49 und 50 Schluss.

52) Dieses Kriterium ist von *Vetsch*, S. 11, übernommen; auch anderswo aber finden sich Hinweise darauf: *Gujer*, S. 59; *Stricker*, S. 25 und 104.

53) siehe S. 15.

nur eines erreicht werden: eine begriffliche Grundlage für die folgenden Ausführungen.

3. Daraus, dass Lieferungsverträge nicht nur im Zusammenhang mit Kaufverträgen, d. h. nicht nur als Kaufverträge vorkommen, könnte mit Recht gefolgert werden, dass der Begriff des Lieferungsvertrages ein dem Kauf übergeordneter Begriff sei. Doch kann man, auch wenn man dieses Faktum berücksichtigt, mit ebensogutem Grunde vom Kauf ausgehen und sich fragen, wie sich denn diese Lieferungsabrede im Kauf unterbringen lasse, denn die Lieferungsabrede stellt ebensosehr eine Modifikation des Kaufvertrages dar.

III. Anhang

Die Zahl der in der Praxis des wirtschaftlichen Lebens vorkommenden Wärmelieferungsverträge ist schon heute recht beträchtlich. Jedoch ist die Auswahl unter verschiedenen Formulierungen solcher Verträge deshalb nicht sehr gross, weil die grossen Fernheizwerke mit allen privaten Wärmebezügern die selben Verträge abschliessen. Die kleinen Fernheizanlagen befinden sich, weil sie in der Regel noch nicht sehr lange bestehen, noch sehr oft in der Hand eines einzigen Eigentümers, wobei dann ein Wärmelieferungsvertrag natürlich nicht besteht.

Wo aber bei kleinen Verhältnissen ein Wärmelieferungsvertrag besteht, wird es weit eher zu Streitigkeiten kommen als bei den grossen Anlagen, weil, wenn nicht alles genau geregelt ist, der Wärmeempfänger dort sich eher berufen fühlen wird, beim Betrieb der Anlage ein Wort mitzusprechen, mehr als bei den grossen Anlagen, wo ein persönlicher Kontakt zwischen den Parteien nicht besteht.

2. ABSCHNITT:

TATBESTANDSFESTSTELLUNG UND GESETZESAUSLEGUNG

§ 4. Elemente des Wärmelieferungsvertrages

I. Die Parteien

A. Benennung der Parteien:

Um auch in dieser Beziehung Klarheit zu haben, soll im Folgenden, wenn immer möglich, mit den gleichen Begriffen gearbeitet werden: **Wärmelieferant und Wärmeempfänger.**

1. *Wärmelieferant:* Er ist diejenige natürliche oder juristische Person, die die Gegenpartei mit Wärme versorgt. Weil sich nach dem gegenwärtigen Stande der Technik ein ‚Zwischenhandel mit Wärme‘ nicht gut denken lässt, wird der Wärmelieferant in der Regel auch der Hersteller der Wärme sein.

2. *Wärmeempfänger:* Er ist diejenige natürliche oder juristische Person, der die Wärme geliefert wird, mit andern Worten: Wärmeempfänger in unserm Sinne ist immer die Person, die mit dem Wärmelieferanten in einem Vertragsverhältnis steht, einem Verhältnis, das die Wärmeversorgung regelt. Zur näheren Präzisierung kann vom Wärmeempfänger deshalb gesagt werden, dass er praktisch immer Eigentümer (auch Nutziesser und dgl. ist jedoch denkbar) einer Liegenschaft ist, denn dem Wärmelieferanten ist es erstens nicht zuzumuten (das kommt auch praktisch nicht vor), dass er bei einem Miethaus mit den einzelnen Mietern in ein Vertragsverhältnis tritt, weil es sich niemals lohnen würde, einen Anschluss an das Heizungsnetz zu vollziehen, wenn nicht jeweilen ein ganzes Haus erfasst werden könnte.

Zweitens ist ein Anschluss nur eines einzelnen Mieters auch deshalb nicht denkbar, weil ja doch der Hauseigentümer mit dem Anschluss einverstanden sein müsste, sind doch für den Anschluss Installationen erforderlich, die sich eventuell über das ganze Haus erstrecken, auf jeden Fall aber über einen grösseren Teil.

B. Komplikationen:

1. Wenn ich vorhin gesagt habe, dass sich ein Zwischenhandel mit Wärme nicht gut denken lasse, so ist das nicht unbedingt richtig. Den-

ken liesse er sich schon, nur nicht im üblichen Sinne. Gerade etwa in dem Falle, dass der Wärmeempfänger Eigentümer eines Miethauses ist. Die Wärme kommt dann hier den Mietern zugute und sie zahlen schliesslich dafür. Jedoch als Vertragspartei im Wärmelieferungsvertrag figurieren nicht die Mieter der Wohnungen, sondern der Eigentümer des Miethauses, er ist der Wärmeempfänger. In einem solchen Falle könnte es unklar sein, wer als Vertragspartei (Wärmeempfänger) zu betrachten sei; aus diesem Grunde ist oben der Begriff beschränkt worden: Nur ein Gebäudeeigentümer kann Wärmeempfänger im Sinne einer Vertragspartei in unserm Wärmelieferungsvertrage sein.

2. Den einfachsten Fall stellt der dar, wo sowohl Wärmeempfänger als auch Wärmelieferant natürliche Personen sind. Jedoch wird sehr oft vor allem der Wärmelieferant eine juristische Person¹ sein; aber auch auf der andern Seite (Wärmeempfänger) kann eine juristische Person Vertragspartei sein. Ist die eine oder die andere Partei eine juristische Person des Privatrechts oder auch des öffentlichen Rechts, so macht das für das Vertragsverhältnis keinen Unterschied, wenn nur diese Rechtssubjekte als Privatrechtssubjekte auftreten². Das Vertragsverhältnis wird von dieser Komplikation nicht tangiert; höchstens können gewisse Durchleitungsfragen vereinfacht werden, wenn juristische Personen des öffentlichen Rechts am Verhältnis (v. a. auf Seiten des Wärmelieferanten) beteiligt sind.

3. Wie es sich verhält, wenn die Fernheizung so auf gesellschaftlicher Basis betrieben wird, dass sich Wärmelieferant und Wärmeempfänger als Mitglied einer Gesellschaft gegenüberstehen, ist hier nicht zu prüfen, weil es sich dabei um eine Frage handelt, die nicht in unsern Zusammenhang gehört, sondern ins Gesellschaftsrecht.

Für das Folgende kann man sich fragen, was an erster Stelle behandelt werden soll: die Verpflichtungen der Parteien oder der Leistungsgegenstand. Wird das erstere vorangestellt, so muss dabei vor allem auf Seiten des Wärmelieferanten in der Umschreibung seiner Verpflichtung etwas unsicher operiert werden. Wird aber das zweite vorangenommen, so hängt diese ganze Betrachtung im Leeren. Beide Vorgehen haben also ihre Mängel, und ich möchte mich für das erstgenannte entschliessen.

II. Verpflichtungen der Parteien nach Vertrag

Es sollen hier die Verpflichtungen der Parteien, wie sie sich aus bestehenden Wärmelieferungsverträgen ergeben³, dargestellt werden. Dabei soll jeweilen unter Ziffer 1 ziemlich wörtlich aus solchen Verträgen

1) vgl. über juristische Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts *Burckhardt*, Organisation, S. 314 ff.

2) *Burckhardt*, Organisation, S. 324.

3) Für die wünschenswerten Vertragsbestimmungen vgl. *Siegel*, S. 295—311,

zitiert und unter 2 das Zitierte näher betrachtet werden. Aus Gründen der Diskretion sei mir erlaubt, die Herkunft der hier zitierten Vertragsstellen zu verschweigen.

A. Verpflichtungen des Wärmelieferanten

1. Aus in praxi vorkommenden Verträgen:

- a. Während der Heizperiode und innerhalb einer bestimmten Anschlussleistung beim Wärmeempfänger verpflichtet sich der Wärmelieferant zur Lieferung der gesamten für die Raumheizung notwendigen Wärmemenge.
- b. Der Wärmelieferant sorgt auf eigene Kosten dafür, dass die ihm gehörenden Anlagen mit der dem heutigen Stande der Technik entsprechenden Sicherheit ausgeführt, dauernd in einwandfreiem Zustand erhalten und mit aller Sorgfalt betrieben werden.
- c. Der Wärmelieferant stellt und unterhält die für die Wärmemessung erforderlichen Apparate und prüft sie innert angemessener Zeiträume.

2. Nähere Betrachtung:

a. Die Hauptverpflichtung geht also dahin, die zur Raumheizung notwendige Wärmemenge zu liefern. Da der Zweck der Fernbeheizung nur schlecht oder gar nicht erreicht würde, wenn nur ein Teil der notwendigen Wärme geliefert würde (so dass noch zusätzliche Öfen verwendet werden müssten), so versteht sich von selbst, dass eine Wärmemenge gemeint sein muss, die die angeschlossenen Räume auf einer bestimmten Temperatur zu halten vermag. Um diesen Effekt zu erreichen, ist aber nicht immer die gleiche Wärmemenge notwendig, denn verschiedene Faktoren, vor allem aber die Aussentemperatur, bewirken eine Änderung der benötigten Wärmemenge. Die Vertragspflicht des Wärmelieferanten geht also nicht auf Lieferung einer fest bestimmten Wärmemenge, sondern nur auf Lieferung einer bestimmbaren, einer einigermaßen bestimmbaren Wärmemenge. Ich sage einigermaßen bestimmbar, weil wohl nachträglich, nach einer bestimmten Heizdauer, am Zähler (wo ein solcher vorhanden ist) abgelesen werden kann, was für eine Wärmemenge verbraucht worden ist, weil aber im voraus diese Wärmemenge nur ungefähr berechnet werden kann. Wie diese Wärmemenge bestimmt werden kann, muss uns hier nicht beschäftigen, weil das technisch-physikalische Fragen sind.

der diesen Gegenstand für den Elektrizitätslieferungsvertrag sehr eingehend behandelt und dessen Ausführungen zum grossen Teil auch für den Wärmelieferungsvertrag Geltung haben.

b. Aus der Beschaffenheit der Wärme⁴ geht hervor, dass weder dem Wärmelieferanten noch dem Wärmeempfänger gedient wäre, wenn die ganze z. B. für eine Heizperiode notwendige Wärmemenge (wenn das technisch möglich wäre) auf einmal geliefert würde. Der Wärmelieferant muss, um seiner Vertragspflicht nachzukommen, dauernd, oder doch wenigstens immer wieder⁵, Wärme liefern.

Zu beachten ist auch, dass der Wärmelieferant in der Regel mehr Wärme bereithalten muss als tatsächlich vom Empfänger gebraucht wird, weil, wie wir noch sehen werden, der Wärmeempfänger während der abgemachten Heizperiode nicht zum dauernden Bezug von Wärme verpflichtet ist, sondern nur zum Bezuge derjenigen Menge, die er zur Heizung benötigt. Es ist dies in gewissem Sinne eine dauernde Lieferungsbereitschaft⁶, zu der sich der Wärmelieferant verpflichtet.

c. Aus dem Vertragszweck geht ferner hervor, dass wenn es nicht ausdrücklich gesagt sein sollte, das Rechtsverhältnis für längere Zeit Bestand haben soll. Innerhalb dieser Zeit werden die Heizperioden bestimmt, d. h. diejenigen Zeiträume, während deren der Wärmelieferant Wärme zu liefern hat (es wird dies i. d. R. die Winterzeit sein).

d. Lieferung einer Wärmemenge ist also die Hauptverpflichtung des Wärmelieferanten. Daraus ergibt sich die Frage nach dem Ort, an dem die Wärme als geliefert betrachtet wird. Zwei Hinweise können wir zur Beantwortung dieser Frage den Verträgen entnehmen:

aa. Sehr oft findet sich in den Verträgen ein Passus über die Art der Wärmelieferung, der etwa so lautet: „Die Wärmelieferung erfolgt durch Abgabe von Heisswasser von so und so viel Grad Celsius (Toleranz + 15°) aus der Vorlaufleitung des Fernheiznetzes.“

bb. Des weitern weist die Methode der Berechnung des Arbeitspreises⁷ uns den Weg. Der Arbeitspreis wird nämlich berechnet an Hand eines Wärmezählers, der in die Zuleitung vom Fernheizwerk her eingebaut ist. In der Regel befindet sich auch unmittelbar vor diesem Messgerät (werkseitig) eine Absperrvorrichtung, die vom Wärmeempfänger bedient wird.

Die Lieferung der Wärme kann nur mittels der Leitungsröhren und des darin sich befindlichen Wärmeträgers erfolgen. Der Ort, an dem die Wärme als geliefert betrachtet wird, muss also irgendwo an diesen Leitungen zu suchen sein. Und zwar muss dieser Ort da liegen, wo nur die für den einzelnen bestimmte Wärme durchgeht. Ferner muss an diesem Orte die für den einzelnen bestimmte Wärme noch beieinander sein. Zwangsläufig liegt also dieser Ort in der nur den einzelnen Bezüger versorgenden Zuleitung und vor der Verzweigung der Leitung im Innern

4) siehe hinten, S. 33 ff.

5) Es ist dies einer der Verträge, die nach *Alcalay*, S. 11, „par la nature de leur objet, ne peuvent être exécuté que successivement, ...“.

6) eine dauernde Lieferungsbereitschaft, wie sie bei *Roth*, S. 155, erwähnt ist.

7) in grössern Verhältnissen, siehe S. 6 und S. 30.

des Hauses. Das ist der Ort, der gesucht wurde; hier befindet sich die Absperrvorrichtung und eventuell auch ein Wärmemengenzähler.

Dieser Ort der Leistungserbringung gilt auch für kleinere Verhältnisse, wo nicht für jedes angeschlossene Haus ein Wärmezähler eingebaut ist, wo die Kosten für die gesamte Fernheizung einfach prozentual zu den angeschlossenen Heizflächen auf die beteiligten Hauseigentümer verteilt⁸ wird, ohne Rücksicht darauf, ob der eine oder andere der Wärmeempfänger die Heizung aus irgend einem Grunde nicht oder nur teilweise benutzt hat. Eine Absperrvorrichtung wird sich auch in diesen kleineren Verhältnissen an dieser Stelle befinden.

B. Verpflichtungen des Wärmeempfängers

1. Aus in praxi vorkommenden Verträgen:

- a. Während der Heizperiode und innerhalb einer bestimmten Anschlussleistung beim Empfänger verpflichtet sich der Wärmeempfänger zum Bezug der gesamten für die Raumheizung notwendigen Wärmemenge.
- b. Der Wärmeempfänger erstellt und liefert zu seinen Lasten die vom Wärmelieferanten nicht gelieferten Einrichtungen für den Bezug der Wärme.
- c. Der Wärmeempfänger verpflichtet sich, Änderungen oder Erweiterungen an seinen Heisswasseranlagen nur vorzunehmen, nachdem er sich vorher mit dem Wärmelieferanten verständigt hat.
- d. Der Wärmeempfänger sorgt auf eigene Kosten dafür, dass die ihm gehörenden Anlagen mit der dem heutigen Stande der Technik entsprechenden Sicherheit ausgeführt, dauernd in einwandfreiem Zustand erhalten und mit aller Sorgfalt betrieben werden.
- e. Der Wärmeempfänger ist verpflichtet, dem Personal des Wärmelieferanten jederzeit den Zutritt zu seinen Heisswasseranlagen zu erlauben.
- f. Der Wärmeempfänger vergütet⁹ dem Wärmelieferanten für die Wärmelieferung:
 - aa. eine jährliche Grundgebühr für die feste Anschlussleistung von ... Kilokalorien pro Stunde von Fr. ...
 - bb. einen Arbeitspreis pro Million Kilokalorien gelieferte Wärme von Franken $0,23 \cdot Kp$ (darin bedeutet Kp den Preis einer Tonne Koks in Franken).
- g. Die Grundgebühr ist zu entrichten, gleichgültig, ob und in welchem Umfange im betreffenden Monat Wärme bezogen wurde.
- h. Der Wärmeempfänger, als Eigentümer des Grundstückes, duldet dauernd und ohne Entgelt, Erstellung, Betrieb und Unterhalt der

8) siehe S. 6 und S. 32.

9) in grösseren Verhältnissen, siehe S. 6.

durch seine Liegenschaft führenden Heisswasserleitungen, welche für die Wärmeversorgung seiner Liegenschaft dient, sowie eventueller Abzweigleitungen.

- i. Der Wärmeempfänger als Eigentümer der Liegenschaft verpflichtet sich zur Überbindung aller ihm aus dem Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten auf seinen Rechtsnachfolger.

2. Nähere Betrachtung:

a. Was im gegebenen Zusammenhang unter dieser Vielzahl von Verpflichtungen vor allem interessiert, ist die Gegenleistung für die bezogene Wärme, d. h. die vorhin unter 1 f genannte Verpflichtung. Sie besteht in einer Geldzahlung, die unterteilt ist in eine feste Grundgebühr und in einen variablen Arbeitspreis. Die feste Grundgebühr setzt keinerlei Benutzung der Fernheizung voraus, deshalb kann dieser Teil der Geldleistung des Wärmeempfängers als Entgelt dafür angesehen werden, dass er eine bestimmte Zeit an die Fernheizung angeschlossen sein durfte. Unter ‚angeschlossen‘ muss hier verstanden werden, dass der Wärmeempfänger die Möglichkeit hat, von der Fernbeheizung zu profitieren.

Der zweite Teil der Geldleistung des Wärmeempfängers richtet sich direkt nach der Menge der vom Wärmelieferanten gelieferten Wärme (resp. der durch den Wärmeempfänger vom Wärmelieferanten bezogenen Wärmemenge). Bezieht der Wärmeempfänger keine Wärme, so hat er nur die Grundgebühr zu entrichten (d. h. wenn er damit nicht den Vertrag verletzt, vgl. nachfolgend unter b).

b. Wichtig scheint mir auch die unter 1 a genannte Verpflichtung des Wärmeempfängers, die gesamte für die Raumheizung notwendige Wärme zu beziehen. Wenn also Wärme für die Raumheizung notwendig ist, so hat sie der Wärmeempfänger vom Wärmelieferanten zu beziehen (nicht etwa selber herzustellen durch Kleinöfen, Strahler, u. a. m.). Mit andern Worten: Wenn keine Wärme für die Heizung benötigt wird (weil der Wärmeempfänger seine Räume aus irgend einem Grunde nicht geheizt wünscht), so muss der Wärmeempfänger auch keine Wärme beziehen und er hat nur die Grundtaxe zu bezahlen. Sind aber die Räume des Wärmeempfängers geheizt, so haben sie durch die Fernheizung geheizt zu sein, und der Wärmeempfänger hat die dafür benötigte Wärme, berechnet nach der Zählerablesung, zu zahlen.

c. In kleinen Verhältnissen (wie weiter vorne¹⁰ schon bemerkt) besteht diese Differenzierung zwischen Grundtaxe und Arbeitspreis nicht. Der Wärmeempfänger hat einfach seinen Anteil an den Kosten für die gesamte Fernheizung zu bezahlen, ob er die Heizung mitbenutzte oder nicht; der Anteil wird berechnet nach der angeschlossenen Heizfläche

10) siehe S. 6 und S. 31.

und bleibt, einmal errechnet, sich immer gleich, z. B. 23% der gesamten Heizkosten.

C. Zusammenfassend

Als Hauptverpflichtungen haben sich also ergeben: auf der Seite des Wärmelieferanten die Pflicht zur Lieferung der gesamten für die Raumheizung notwendigen Wärmemenge und auf Seiten des Wärmeempfängers die Verpflichtung zur Leistung eines Geldbeitrages und die Pflicht, die (gesamte) für die Raumheizung notwendige Wärmemenge vom Wärmelieferanten zu beziehen.

III. Objekt der Leistung (Leistungsgegenstand)

Es ist hier noch nicht der Ort, zu sagen, wie die Zusammenhänge mit dem positiven Recht sind. Lediglich das Objekt der Leistung, so wie es sich aus den in praxi vorkommenden Verträgen, aus dem Wirtschaftsleben, ergibt, soll näher umschrieben werden.

A. Objekt der Leistung des Wärmeempfängers:

Eindeutig und ohne Zweifel ist das Objekt der Leistung von Seiten des Wärmeempfängers eine Summe Geldes, die nach irgend einem Kriterium bestimmbar ist. Bei der Zweiteilung¹¹ dieser Geldleistung ist die Grundgebühr zum vorneherein fest bestimmt, während der Arbeitspreis, die variable Grösse, erst bestimmt werden kann, nachdem der Wärmelieferant seiner Verpflichtung nachgekommen ist. Aber auch von dieser Grösse lässt sich, gestützt auf den Vertrag, sagen: Ist der Wärmeverbrauch so und soviel (Masseinheit der Wärme), so wird der Arbeitspreis so und so hoch sein.

B. Objekt der Leistung des Wärmelieferanten:

Weit heikler ist es, genau zu sagen, wofür der Wärmeempfänger seine Leistung erbringt. Mit andern Worten: Welches ist das Leistungsobjekt von Seiten des Wärmelieferanten? Was soll als vom Wärmelieferanten geleistet betrachtet werden? Ist es die Lieferung der Warmluft im geheizten Zimmer? Ist es die Erwärmung des Zimmers? Ist es die Erhitzung des Radiators? Ist es die Lieferung des heissen Wassers in den Leitungen zum Radiator?

11) vorne, S. 6 und S. 31.

1. Aus den vertraglichen Abmachungen und aus den allgemein üblichen Ausdrücken (wie Wärmelieferant, Wärmelieferungsvertrag, Wärmeempfänger, Wärmezähler, Wärmemenge, u. a. m.) geht hervor, dass die Wärme von den Parteien und vom Verkehr als Leistungsobjekt des Wärmelieferanten betrachtet wird. Das ist meines Erachtens eindeutig, denn wenn etwa nicht die Wärmelieferung, sondern die Heizung bestimmter Räume im Vordergrund stehen würde, so ist nicht einzusehen, wieso dann nicht von einem Heizungsvertrag gesprochen würde; oder wenn etwa die Lieferung des Heisswassers im Vordergrund stehen würde, wieso dann nicht von einem Vertrag über Lieferung von Heisswasser zu Heizzwecken gesprochen würde. Wir sehen, der Verkehr betrachtet als Leistung von seiten des Wärmelieferanten die *Lieferung der Wärme*.

2. Wie lässt sich aber diese Verkehrsauffassung vorstellen: Wärme als Objekt der Leistung des Wärmelieferanten? Zur Beantwortung dieser Frage ist es vielleicht gut, wenn man sich vor Augen hält, wofür eigentlich der Wärmeempfänger seine Leistung erbringt. Und da ist festzustellen, dass er sie für zwei Dinge erbringt:

- a. Er zahlt dafür, dass er die Unannehmlichkeiten, die mit einer eigenen Feuerungsanlage verbunden sind, nicht mehr hat. Diese Unannehmlichkeiten sind sicher nicht gering einzuschätzen, denn alles, was mit der Heizung zusammenhängt (Kohlenlagerung, Schlackenentfernung, Kaminfegerauslagen, u. a. m.) wird sozusagen ersetzt durch einen einzigen Handgriff: durch die Bedienung der Absperrvorrichtung.
- b. Der Wärmeempfänger zahlt aber in erster Linie dafür, dass er warme Räume hat, oder doch dafür, dass ihm ermöglicht wird, seine Räume zu erwärmen. Wäre keine Fernheizung vorhanden, so müsste der betreffende Empfänger der Wärme trotzdem für diese warmen Räume bezahlen (Kohlenpreis und anderes mehr bei Zentralheizung; indirekt auch bei einem Miethaus ohne Zentralheizung: weniger Zins von Seiten der Mieter).

Der Wärmeempfänger zahlt also in erster Linie dafür, dass er warme Räume hat. Dass er warme Räume hat, das zeigt sich darin, dass die Luft in diesen Räumen warm ist. Die Luft ihrerseits ist an den Radiatoren warm geworden. Diese wiederum haben sich erhitzt, weil sie von heissem Wasser durchlaufen wurden. Das heisse Wasser aber ist vom Fernheizwerk gekommen, wo das Wasser erst erhitzt worden ist. Damit sind wir wiederum bei dieser Stufenleiter angelangt, der wir schon mehrmals¹² begegnet sind.

Stellt man sich die Vorgänge einfacher vor als sie in Wirklichkeit sind, dann hilft das vielleicht, die wirklichen Vorgänge besser zu erkennen. Stellen wir uns also vor, das Fernheizwerk würde nicht Wasser, sondern Luft erwärmen. Diese warme Luft würde in Leitungen zu den zu erwärmenden Räumen geführt. An Stelle der Radiatoren wären Verteilerdüsen

12) siehe S. 2.

vorhanden (wie man sie etwa in Hallenschwimmbädern sieht), aus denen die Warmluft direkt in die warm gewünschten Räume austreten würde. In diesem Falle, der der Lieferung von Brauchwasser sehr ähnlich ist, würde sicher als Leistungsobjekt von Seiten des Wärmelieferanten die warme Luft betrachtet. Eine solche Anlage liesse sich vorstellen; ich glaube jedoch nicht, dass sie irgendwo verwirklicht ist (sie würde wahrscheinlich zu umfängliche und zu teure Einrichtungen erfordern).

Kehren wir deshalb zur wirtschaftlichen Wirklichkeit zurück und versuchen, uns zu veranschaulichen, wie die oben genannte Auffassung betrachtet werden kann. Die Wärme also soll Gegenstand der Leistung des Wärmelieferanten sein. Wärme an sich können wir uns nicht vorstellen. Wenn wir uns damit befassen müssen, dann lässt sich nur feststellen, dass ein anderes, ein Körper der Natur, warm oder kalt ist. Nie aber tritt uns die Wärme als solche wahrnehmbar entgegen. Daraus drängt sich die Vorstellung auf, dass die Wärme, die grosse Unvorstellbare, überhaupt nicht allein vorkommen kann, dass sie vielmehr immer an etwas gebunden ist, auf etwas angewiesen ist. Behalten wir diese Vorstellung, dann können wir uns auch des weitem vorstellen, dass die Wärme mit Hilfe eines Stoffes transportiert werden kann, nämlich dahin, wohin dieser Stoff transportiert wird. Primitiv ausgedrückt ist dann der Vorgang bei der Fernheizung folgender: Die Wärme entsteht durch die Verbrennung der Kohle oder eines andern Brennstoffes unter den Kesseln des Fernheizwerkes. Kaum entstanden, klammert sie sich an die Luft, die das Feuer umgibt. Diese heisse Luft erhitzt den Kessel. Der Kessel seinerseits gibt die Wärme an das darin befindliche Wasser ab, und dieses Heisswasser wird in den Leitungen fortgeleitet; in Röhren, die möglichst wenig Wärme aufnehmen, zu den Radiatoren geführt, die ihrerseits so konstruiert sind (grosse Oberfläche), dass sie viel Wärme aufnehmen und auch an die sie umgebende Luft abgeben können.

Aus diesem Gedankengang heraus wird die Verkehrsanschauung verständlich und die Möglichkeit, Wärme zu liefern, erscheint nicht mehr absurd. Wenn wir uns auch die Wärme als solche nicht vorstellen können, so gibt es sie eben doch, und der Verkehr hat, nachdem die Technik dies erst ermöglicht hat, sich ihrer bemächtigt.

3. Zusammenfassend einige Eigenschaften¹³ der Wärme, von denen der wirtschaftliche Verkehr heute Gebrauch macht:

- a. Übertragbarkeit: Wärme lässt sich ohne Mühe von einem Körper (Wärmeträger) auf einen andern übertragen, denn man braucht dazu nur die beiden Gegenstände nebeneinander zu placieren; die Wärme geht dann von selber vom wärmeren auf den kälteren über (und das solange, bis beide Gegenstände gleich warm sind¹⁴). Auf diesem

13) Eine Aufzählung, ähnlich wie sie *Pflegbart*, Rechtsverhältnisse, S. 12 ff., für die Elektrizität macht.

14) vgl. *Seiler*, Lehrbuch der Physik, 2. Teil, 4. Aufl., Zürich 1945, S. 294: „Bringt man verschieden warme Körper zusammen, so gleichen sich ihre Tem-

Prinzip beruht der ‚Transport‘ der Wärme bei den Fernheizungsanlagen.

- b. Zusammenhaltbarkeit: Wärme lässt sich bis zu einem gewissen Grade zusammenhalten (ausgeprägt bei Thermosflaschen). Auf dieser Tatsache beruht die Heizung allgemein.
- c. Messbarkeit: Die Wärmemenge, die in einer bestimmten Zeit durch eine Röhrenleitung mittels eines Wärmeträgers durchgeht, kann gemessen werden. Es existiert eine besondere Masseinheit für die Wärme. Wenn deshalb ein Wärmeempfänger seine Räume einen Monat lang aus der Fernheizung geheizt hat, dann kann am Wärmemengenzähler abgelesen werden, was für eine Anzahl der Masseinheit der Wärme er verbraucht hat. Das ist festzuhalten. Wie das aber technisch durchgeführt wird, das braucht hier nicht beachtet zu werden. Auf dieser Tatsache beruht heute in der Regel die Berechnung der Gegenleistung des Wärmeempfängers.
- d. Nicht dagegen kann meines Erachtens von einer Selbständigkeit der Wärme gesprochen werden. Denn wenn die unter a bis c genannten Eigenschaften für genügend angenommen werden, um von einer Selbständigkeit der Wärme zu sprechen, so ist das sicherlich keine Selbständigkeit, wie wir sie sonst von Körpern gewohnt sind. Es ist eine gewisse Selbständigkeit, sicher, aber es ist zu beachten, dass wir die Wärme nur wahrnehmen können mittels eines Wärmeträgers, nicht aber die Wärme als solche.

§ 5. Gesetzesauslegung

I. Die Wärme als Rechtsobjekt

(Vorbemerkung: Es sei mir erlaubt, weil es sich vor allem in dieser Materie heikel gestaltet, die Gesetzesauslegung von der Subsumtion zu trennen, mein System zu durchbrechen und beides unter dieser Ziffer zu behandeln und dann im dritten Abschnitt nur das Vertragsverhältnis zu subsumieren).

Ausgangspunkt ist der Wärmelieferungsvertrag, wie er sich im praktischen Leben herausgebildet hat. Ziel ist, die rechtliche Natur dieses Vertrages zu erkennen. Was aber auf dem Weg zu diesem Ziel vor allem Schwierigkeiten bereitet, ist, dass uns das Wesen der Wärme nicht eindeutig vor Augen steht. Man ist sich nicht im klaren, welcher Art die Leistung des Wärmelieferanten ist. Man ist im Unklaren über den Inhalt der Obligation. Dass es sich in den Hauptleistungen beim in Frage stehenden Rechtsverhältnis um positive Leistungen¹ handelt, darüber herrscht

peraturen aus, wobei eine gewisse ‚Wärmemenge‘ vom wärmeren auf den kälteren Körper übergeht.“

1) von Tuhr/Sieglwart, I, S. 41.

kein Zweifel. Dagegen ist es fraglich, ob es sich innerhalb der positiven Leistungen um persönliche oder um sachliche Leistungen handelt. Die Entscheidung dieser Frage hängt weitgehend davon ab, ob wir die Wärme als Sache im Rechtssinne betrachten können oder nicht, denn eine sachliche Leistung wird aus dem Vermögen erbracht², und das Vermögen setzt sich zusammen aus Sachen, die Gegenstand des Grund- (ZGB Art. 655) oder des Fahrniseigentums (ZGB Art. 713) sein können. Es soll deshalb untersucht werden, was vom Gesetzgeber als Sache im Rechtssinn³, als Gegenstand des Eigentums betrachtet wird.

Was liegt näher, als dass wir, um dieses Ziel zu erreichen, zunächst auf einige ähnliche technische Neuerungen, die sich zur Zeit schon in unserm Rechtsleben eingebürgert haben, zurückgreifen.

A. Ähnliche Erscheinungen

1. Elektrizität

a. Berührungspunkte, die es nahelegen, den Wärmelieferungsvertrag mit dem Elektrizitätslieferungsvertrag in Verbindung zu bringen:

— Beides, sowohl die Elektrizität als auch die Wärme, bereiten dem Vorstellungsvermögen des Menschen eine gewisse Mühe.

— Beides kann vom Menschen nur durch Hilfsmittel festgestellt werden (Wärmeträger auf der einen Seite, Elektroanlagen auf der andern Seite).

— Beides braucht für die Ortsveränderung Leitungen (Drahtleitungen auf der einen Seite, Röhrenleitungen auf der andern).

— Bei beiden Verhältnissen steht in der Regel ein Lieferant einer Mehrheit von Abnehmern gegenüber.

— Bei beiden Verhältnissen wird dem Empfänger etwas zur Verfügung gestellt, wovon er Gebrauch machen kann, aber in der Regel nicht unbedingt Gebrauch machen muss.

— Die Beziehung geht sogar soweit, dass mit Hilfe der Elektrizität der gleiche Effekt wie mit der Fernheizung erzielt werden kann (Raumheizung durch elektrische Heizkörper). Man könnte deshalb sogar mit Fug in gewissen Fällen von ‚elektrischer Fernheizung‘ sprechen.

— Ähnlichkeit besteht auch in Bezug auf die Verrechnungsweise bei beiden Erscheinungen.

b. Unterschiede zwischen den beiden Verhältnissen:

— Der grösste Unterschied scheint mir der zu sein, dass die Wärme im Vergleich zur Elektrizität sehr träge ist. Was damit gesagt sein will,

2) von *Thur/Siegmart*, I, S. 41/42.

3) denn „Der Begriff der Sache als eines Rechtsobjektes ist ein Rechtsbegriff. Gleich wie die Rechtsordnung darüber befindet, wer fähig ist, Rechte zu haben, steht auch ihr allein die Entscheidung darüber zu, was den Gegenstand eines Rechtes bilden kann“, so *Haab*, Kommentar 1929, N 19, S. 9; ähnlich *Blass*, S. 7.

sollen folgende Beispiele verdeutlichen: Wenn ich kein Licht mehr haben will, so drehe ich den Schalter, und im selben Augenblick habe ich auch keines mehr. Wenn ich meinen Elektromotor laufen lassen will, dann drehe ich den Schalter, und der läuft sofort. Wenn ich meinen Elektromotor zum Stehen bringen will, so unterbreche ich den Kontakt, und der Motor läuft nur noch eine kurze Zeit lang dank der Schwungkraft. Wenn ich dagegen will, dass mein Zimmer zu einer bestimmten Zeit warm sei, dann muss ich eine ziemliche Weile vor diesem Zeitpunkt den Radiator aufdrehen. Wenn ich will, dass mein Zimmer zu einem bestimmten Zeitpunkt kalt sei, dann kann ich nicht einfach zu dieser Zeit die Zuleitung zum Radiator unterbrechen, damit die gewünschte Temperatur zur gewünschten Zeit dann da sei; ich muss vielmehr, damit es mit der Abkühlung rasch geht, Fenster und Türen öffnen, d. h. ich muss die Wärme sozusagen ‚aus dem Zimmer vertreiben‘. Mit diesen Beispielen möchte ich betonen, dass die Wärme eine gewisse Beständigkeit hat, die um so grösser ist, je besser sie von der Aussenwelt abgeschlossen ist (Thermosflasche), im Unterschied zur elektrischen Energie, die im selben Augenblick, in dem sie entsteht, auch schon verbraucht ist ⁴. — Ein weiterer Unterschied liegt in der Art der Leitung: Für die elektrische Energie braucht es Kabel, für die Wärme dagegen Röhren mit einem Wärmeträger.

— Des weitern ist die Art der Verwendung verschieden. Elektrische Energie wird immer gebraucht zur Leistung von Arbeit (Erzeugung von Licht, Bewegung von Motoren, Erzeugung von Wärme); es ist nicht die Energie, die gewünscht wird, sondern der Effekt, der sich mit ihr erreichen lässt. Anders bei der Wärme: Sie wird bei der Fernheizung als solche gewünscht (es hat keinen Sinn zu sagen, man brauche die Wärme, um die Zimmerluft zu erwärmen; diese ist nur der Träger für jene).

c. Heutige Ansicht über die Elektrizität:

Es ist selbstverständlich nicht die Meinung, hier den ganzen Streit der Literatur um diesen Gegenstand in extenso darzustellen. Nur die heutige Ansicht, mit einigen Hinweisen auf frühere Anschauungen, soll gezeigt werden. Um diese heutige Ansicht darzustellen, glaube ich, dass auf die Kommentare abgestellt werden kann, denn, soviel ich sehe, sind seit dem Erscheinen dieser Werke keine grösseren Arbeiten mehr über dieses Thema herausgekommen. So stützen sich die folgenden Ausführungen vor allem auf *Haab* ⁵, der in den verschiedenen Lieferungen seines Kommentars auf die Einleitung ⁶ verweist.

Das ZGB entscheidet in Art. 713 die Frage, „ob die *elektrische Energie*

4) *Niessen*, S. 18 unten: „Die Elektrizität geht im Sein unter, sie ist erst vorhanden, wenn sie verbraucht wird“; ebenso *Stricker*, S. 35.

5) *Haab*, Kommentar 1948, zu Art. 713 ZGB.

6) *Haab*, Kommentar 1929, Einleitung zum Sachenrecht, N 19—36 und N 44—47.

sich als (körperliche) Sache darstellt, in verneinendem Sinn⁷“. Weiter unten⁸ aber fährt *Haab* fort: „Die Verneinung der sachenrechtlichen Herrschaft an derselben schliesst natürlich nicht aus, dass sie ein geldwertes Verkehrsgut ist und als solches Gegenstand von Verträgen sein kann; im Gegenteil: in Art. 713 ist, wie bereits angedeutet, die ausdrückliche Anerkennung dieses Gutes zu erblicken⁹“. Gestützt auf das Bundesgericht¹⁰ lehnt *Haab* es ab, ohne Vorbehalte sachenrechtliche Herrschaftsrechte an der Energie anzuerkennen¹¹, vielmehr will er auch in Bezug auf das Eigentum an der Energie in ZGB Art. 713 nur eine „allgemeine Direktive“ sehen und im Einzelfall, sagt er, sei jeweils zu prüfen, „inwieweit nicht die speziellen Verhältnisse eine besondere Behandlung erheischen“. *Wieland*¹² verneint die Möglichkeit von Sachenrechten an Energien schlechthin und auch *Leemann*¹³ argumentiert ähnlich wie *Wieland*. Auch *Stricker*¹⁴ anerkennt nicht die Möglichkeit eines Eigentums mit all seinen Wirkungen an der Energie (wenn auch diese Autorin später¹⁵ sagt, dass die Energie nach schweizerischem Recht vom Eigentum erfasst werden könne).

Es würde zu weit führen, wenn hier im einzelnen dargestellt würde, welche Sachenrechte von den einzelnen Autoren an der elektrischen Energie für möglich angesehen werden. Es soll genügen, wenn gesagt ist, dass heute, auch von der Gerichtspraxis, die Ansicht *Haabs* anerkannt ist, die kurz gesagt folgende ist: Energie hat keine Sachqualität. Dienstbarkeiten und Grundlasten an der elektrischen Energie sind zum vorneherein ausgeschlossen. Von einem Besitz an der elektrischen Energie kann kaum gesprochen werden, weil der Besitz ein gewisses Dauerdasein des Besitzobjektes voraussetzt¹⁶. Ähnlich wie mit dem Besitz verhält es sich mit dem Eigentum. Also: Verneinung der Sachqualität der elektri-

7) siehe Anm. 6, N 44; gleicher Ansicht *Stricker*, S. 35; *Niessen*, S. 14 ff., v. a. S. 15; *Bühlmann*, S. 35 oben; *Schlecht*, S. 5 oben; *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 4866 (= BGE 48 II 370 ff.), nennt die elektrische Energie ein den beweglichen Sachen gleichzustellendes Verkehrsgut.

Anderer Ansicht *Pflegbart*, Rechtsobjekt I, S. 44/45; *ders.*, Sachqualität, S. 231; *Blass*, S. 12, will die elektrische Energie wie Gase und Flüssigkeiten behandeln wissen und betrachtet sie als Sache (S. 20); vgl. auch *ders.*, S. 41 und 44; *Pflegbart*, Rechtsverhältnisse, S. 11 ff.; *Fehr*, S. 1 a und 17 a; *Leu*, S. 23.

8) *Haab*, Kommentar 1929, N 47 der Einleitung zum Sachenrecht.

9) vgl. dazu *Wyller*, S. 56.

10) BGE 47 II 451: „Trotz der Gleichstellung der Naturkräfte mit den körperlichen Sachen kann es sich angesichts der Eigenart des Objekts nur darum handeln, die Energie analogieweise einer der im Gesetz geregelten Vertragsformen als Gegenstand unterzuordnen,....“.

11) *Haab*, Kommentar 1929, N 45 der Einleitung zum Sachenrecht.

12) *Wieland*, Kommentar 1909, N 4 zu ZGB Art. 713.

13) *Leemann*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 4: Sachenrecht, 1. Abteilung, 2. Aufl., Bern 1920, N 11 und 12 zu Art. 713 ZGB.

14) *Stricker*, S. 34.

15) *Stricker*, S. 35.

16) siehe Anm. 4 dieses Paragraphen.

schen Energie wie auch der Möglichkeit der sachenrechtlichen Herrschaft an derselben.

2. Gas (im Sinne der Haushaltversorgung)

a. Berührungspunkte zwischen den beiden Verhältnissen:

— Beides, Gas und Wärme, wird in Röhrenleitungen transportiert und braucht nach aussen sehr ähnliche Anlagen für den Betrieb.

— Sowohl Gas als auch Wärme verflüchtigen sich früher oder später (Gas allerdings, indem es sich verteilt; Wärme dagegen, indem sie auf andere Träger übergeht, die kälter sind als der ursprüngliche Träger).

— Bei beiden Verhältnissen steht in der Regel ein einziger Lieferant einer Mehrheit von Bezüglern gegenüber.

— Bei beiden Verhältnissen wird dem Empfänger etwas zur Verfügung gestellt, wovon er Gebrauch machen kann, aber in der Regel nicht Gebrauch machen muss.

— Auch hier geht die Beziehung soweit, dass auch Gas zur Erzeugung von Heizwärme gebraucht werden kann (Gasöfen). Unter gewissen Umständen könnte man also von Gasfernheizung sprechen.

— Die Verrechnungsweise ist bei beiden Verhältnissen ähnlich (v. a. dort, wo bei der Fernheizung ein Zähler eingebaut ist).

b. Unterschiede zwischen den beiden Verhältnissen:

— Das Gas ist nicht an einen Träger gebunden wie die Wärme, d. h.: in einem absolut leeren Raum können wir uns wohl Gas, nicht aber Wärme, vorstellen.

— Gas lässt sich ohne grössere Mühe teilen, nicht aber die Wärme.

— Bei der Wärmezuleitung (im Zusammenhang mit der Fernbeheizung) ist es die Wärme als solche, die vom Empfänger gewünscht wird. Anders bei der Gaszuleitung: der Empfänger will hier mit dem zugeleiteten Stoff einen bestimmten Effekt erreichen (früher war es die Erzeugung von Licht; heute ist es die Erzeugung von Wärme für Kochzwecke).

c. Heutige Ansicht über das Gas:

Aus dem Gesagten ist ersichtlich, dass die Einordnung des Gases unter die Sachen im Rechtssinne unvergleichlich weniger Mühe macht als die Einordnung der Elektrizität oder der Wärme. Aus diesem Grunde ist darüber in der Literatur nie so heftig gestritten worden wie bei der elektrischen Energie. So hat schon *Zencke*¹⁷ das Gas in diesem Sinne betrachtet, und sehr oft ist es als selbstverständlich angenommen worden, dass das Gas eine Sache im Rechtssinne¹⁸ ist. *Haab* schreibt darüber¹⁹:

17) *Zencke*, S. 7.

18) *Pflegbart*, Rechtsverhältnisse, S. 13: „An der Fähigkeit des Leucht- oder irgend eines anderen Gases, Gegenstand des Vermögensrechtes, eine Sache im Rechtssinne zu sein, zweifelt heute niemand mehr“ (das wurde schon 1905 geschrieben!).

19) *Haab*, Kommentar 1929, N 21 der Einleitung zum Sachenrecht.

„Körperliche Sache im Rechtssinne kann vielmehr nur sein, was nach der konkreten Rechtsordnung und der dieser zu Grunde liegenden Verkehrsanschauung den Gegenstand einer rechtlichen Herrschaft, bestehend in Aneignung, Nutzung, Verfügung und dergleichen zu bilden vermag. Demnach ist die körperliche Sache zu definieren als ein abgegrenztes, für sich allein wirtschaftlich nutzbares Stück der körperlichen Güterwelt, das der menschlichen Sachherrschaft fähig ist und das nach dem positiven Recht den selbständigen Gegenstand einer solchen Herrschaft bilden kann. Dabei kommt dann natürlich, sofern nur die nötige Abgrenzung vorhanden ist, auf den Aggregatzustand nichts an. Die in der Retorte befindliche Flüssigkeit und das darin aufbewahrte Gas sind körperliche Sachen gleich wie die Retorte selbst²⁰“.

3. Wasser (im Sinne der Haushaltversorgung)

Es ist wohl überflüssig, näher auf diese Erscheinung einzutreten, weil in Bezug auf die Sachqualität des Wassers kein Zweifel besteht. Diese dritte Ziffer hat sich nur der Vollständigkeit halber aufgedrängt, weil in den Anlagen (Wasserleitungen) gewisse Ähnlichkeiten mit den Warmwasseranlagen der Fernheizung zu bemerken sind.

B. Massgebliche Gesetzesbestimmung:

Nachdem wir weiter vorne²¹ gesehen haben, dass der Wille der Parteien darauf geht, einerseits Wärme zu liefern, anderseits Wärme zu empfangen und dass die Gegenleistung nach der verbrauchten Wärmemenge²² berechnet wird, ist es wichtig, zu wissen, was denn unsere Rechtsordnung der Wärme für eine Bedeutung beimisst²³.

Für das geltende schweizerische Recht ist ZGB Art. 713 heranzuziehen und näher zu betrachten. Dieser Artikel besagt, dass Gegenstand des Fahrniseigentums ihrer Natur nach bewegliche körperliche Sachen sind „sowie Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören“.

20) vgl. auch *Leu*, S. 21.

21) siehe S. 29 ff.

22) in grösseren Verhältnissen direkt; in kleineren Verhältnissen nur indirekt, weil hier nicht jeder Anschluss mit einem Zähler versehen ist.

23) Was die Naturwissenschaft dazu sagt, das muss uns nicht beschäftigen, vgl. dazu *Blass*, S. 7 und v. a. S. 16: „Für die Bestimmung des Sachbegriffs sind nicht naturwissenschaftliche Merkmale massgebend, sondern solche des wirtschaftlichen Lebens“; siehe auch vorne, Anm. 3 zu diesem Paragraphen.

1. Wärme eine bewegliche körperliche Sache?

Dass die Wärme eine bewegliche körperliche Sache im Sinne des genannten Artikels ist, wird kaum angenommen werden können, denn auch in den nähern Umschreibungen der Kommentare²⁴ spielt die Körperlichkeit eine grosse Rolle. Die Körperlichkeit aber ist es gerade, die der Wärme fehlt. Wir können die Wärme nur feststellen in ihrer Wirkung auf die Umwelt. Diese Wirkung äussert sich in den Eigenschaften körperlicher Sachen und in deren Veränderung²⁵. Die Wärme ist also nicht eine ihrer Natur nach bewegliche körperliche Sache.

Es bleibt deshalb zu untersuchen, was unter „Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören“ fällt. Voraussetzungen dafür, dass etwas weiteres als bewegliche körperliche Sachen Gegenstände des Fahrniseigentums sein kann, sind also (ich gruppriere gerade so, wie ich nachher die Besprechung folgen lassen will):

- a. Eine Naturkraft muss gegeben sein.
- b. Eine Naturkraft, die nicht zu den Grundstücken gehört.
- c. Eine Naturkraft, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden kann.

2. Wärme eine Naturkraft?

Art. 713 ZGB versteht unter Naturkraft in aller erster Linie, das geht aus den Materialien zu diesem Artikel eindeutig hervor, die elektrische Energie (immer wird nur sie als Beispiel angeführt und immer wird nur auf sie verwiesen). Trotzdem aber spricht der genannte Artikel von Naturkräften (in der Mehrzahl). Es muss deshalb vernünftigerweise angenommen werden, dass noch anderes als nur die elektrische Energie darunter fallen kann.

Fragen wir nach den Gründen, wieso die Elektrizität so selbstverständlich als Naturkraft betrachtet wird, so kann festgestellt werden: Die Elektrizität vermag, indem sie z. B. einen Motor treibt, Arbeit zu leisten — auch die Wärme leistet Arbeit; man denke etwa an einen

24) Haab, Kommentar 1929, N 21 der Einleitung zum Sachenrecht: „Demnach ist die körperliche Sache zu definieren als ein abgegrenztes, für sich allein wirtschaftlich nutzbare Stück der körperlichen Güterwelt, das der menschlichen Sachherrschaft fähig ist und das nach dem positiven Recht den Gegenstand einer solchen Herrschaft bilden kann.“

25) gleich *Len*, S. 2: „Die Energien stehen in der Natur den physischen Körpern gegenüber. Als Triebkräfte der Natur sind sie nach naturwissenschaftlicher Lehre Zustände und Erscheinungen an Körpern, daher unkörperlich. Die Energien vermögen sich nur in den Körpern geltend zu machen und unterliegen unter sich fortwährender Umwandlungen in andere Formen. Ihre Wirkungen äussern sich in den Zuständen von Sachen und deren Veränderung.“

Explosionsmotor. Die Elektrizität wird von der Natur gewonnen (Wasserkraft) — auch die Wärme wird von der Natur gewonnen (Sonne). Die Elektrizität kann nur an Körpern der Umwelt festgestellt werden — dasselbe gilt auch von der Wärme.

Die Wärme ist also, weil sie Arbeit zu leisten vermag, eine Kraft (keine Sache, kein körperlicher Stoff, als was sie früher in der Physik von der Wärmestofftheorie betrachtet wurde²⁶); eine Naturerscheinung ist sie deshalb, weil für uns die wichtigste Wärmequelle die Sonne ist. „Sie liefert die Energie für alle Wettervorgänge, für die Meeresströmungen, für die Assimilation der Pflanzen usw.. Auch die Kohlenvorräte stellen von früher her aufgespeicherte Sonnenenergie dar²⁷.“

So gut wie die Elektrizität, ist also auch die Wärme eine Naturkraft im Sinne des mehrfach genannten Artikels.

3. Eine Naturkraft, die nicht zu den Grundstücken gehört?

ZGB Art. 713 verweist auf Art. 655. Im zweiten Absatz dieses Artikels wird abschliessend aufgezählt, was Grundstücke im Sinne des ZGB sind. Die Wärme ist weder eine Liegenschaft, noch ein ins Grundbuch aufgenommenes selbständiges und dauerndes Recht, noch ein Bergwerk, und sie erfüllt deshalb sicherlich auch die zweite der vorhin unter 1 genannten Voraussetzungen.

4. Rechtliche Herrschaft über die Wärme?

Erst mit dieser Frage gelangen wir zum Kernpunkt der Betrachtung über die Rechtsnatur der Wärme.

a. „Wo eine *Naturkraft Gegenstand einer vollständigen Beherrschung*²⁸ geworden ist“²⁹ soll sie Gegenstand des Eigentums sein können. Der Gesetzesredaktor wiederholt das und sagt weiter unten³⁰: „Die Unbestimmtheit aber, die man in dem Ausdrucke ‚Naturkräfte‘ findet, wird dadurch geheilt, dass, wie es übrigens selbstverständlich ist, diese Heranziehung der Naturkräfte unter das Eigentum nur unter der allgemeinen Voraussetzung stattfindet, dass sie *tatsächlich und rechtlich ausscheidbar und der menschlichen Herrschaft erreichbar*²⁸ sind, . . .“³¹. In bezug auf

26) Seiler, Lehrbuch der Physik, 2. Teil, 4. Aufl., Zürich 1945, S. 299.

27) Seiler, a. a. O., S. 300/301.

28) vom Verf. hervorgehoben.

29) Huber, Erläuterungen, S. 117.

30) siehe vorhergehende Anmerkung.

31) vgl. auch Fehr, S. 1 a: „... der Herrschaft des Menschen zugänglich...“; *Leu*, S. 17: „Die Naturkräfte können sachenrechtliche Behandlung nur erfahren, soweit sie sich wie die wirklichen Sachen, die durch ihre Körperlichkeit und Abgrenzbarkeit der menschlichen Herrschaftsmacht unterworfen zu werden geeignet sind, verhalten.“

das Eigentum umschreibt *Haab*³² die Herrschaftsbefugnisse dahin, „dass sie dem Berechtigten die *umfassendste* Herrschaft gewähren, die einer Person *in Ansehung einer Sache* zustehen kann, . . .“. Dass die Wärme im Zusammenhang mit der Fernheizung Gegenstand vollständiger Beherrschung durch den Menschen geworden ist, scheint klar: die Wärme wird hergestellt, geleitet und gebraucht. Dass die Wärme auch rechtlich³³ irgendwie ausscheidbar sein muss, das folgt daraus, dass heute Verträge über die Lieferung von Wärme existieren.

b. Besser scheint aber, nach dem Sinne zu fragen, den der Gesetzgeber vor Augen haben musste, als er die Naturkräfte unter das Fahrniseigentum einbezogen hat. Dieser Sinn ist doch der: es wurde eingesehen, dass neben den körperlichen beweglichen Sachen³⁴ und neben den Grundstücken (im Sinne von ZGB Art. 655) in der Wirklichkeit (will heissen im wirtschaftlichen Leben) noch andere Erscheinungen bestehen, die sich das wirtschaftliche Leben dienstbar gemacht hat, die aber, wegen der Eigenart des Vorkommens, des Vorhandenseins, nur schwer generell gesetzlich geregelt werden können. Andererseits aber muss für Fragen, die in solchen Zusammenhängen auftauchen können, ein Ausgangspunkt, eine Grundlage bestehen. Eben diese Grundlage ist mit Art. 713 ZGB geschaffen worden.

c. Unser Gesetz nennt die Beziehung zu den Naturkräften Eigentum. Dass das Eigentum an den Naturkräften, insbesondere an der Wärme, im Vergleich zum Eigentum an körperlichen beweglichen Sachen, nur eine eng begrenzte sachliche und rechtliche Herrschaft vermittelt, spielt deshalb keine Rolle, weil diese sachliche und rechtliche Herrschaft in Ansehung der Sache (der Wärme bei der Fernheizung) das einzig mögliche

32) *Haab*, Kommentar 1929, N 6 zu Art. 641 ZGB; ferner *ders.*, a. a. O., N 45 der Einleitung zum Sachenrecht: „Diese Feststellung, dass die Energie keine Sache ist, schliesst jedoch die Anwendung sachenrechtlicher Rechtssätze auf sie nicht von vornherein aus unter der selbstverständlichen, auch für die Naturkörper geltenden Voraussetzungen, dass sie *der menschlichen Herrschaft unterworfen werden kann*“ (vom Verf. hervorgehoben); siehe auch nachfolgend Anm. 34.

33) *Wieland*, Kommentar 1909, N 4 zu Art. 713 ZGB, sagt, dass das der „*rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können*“ in Art. 713 ZGB bedeute, die Naturkräfte würden nur insoweit zu den Sachen gezählt, als „*sie derselben sachenrechtlichen Herrschaft zugänglich sind, wie die körperlichen Sachen*“. Das aber kann m. E. insofern nicht ganz richtig sein, weil durch Art. 713 ZGB die Naturkräfte nicht zu Sachen erklärt werden; sie werden lediglich, ihrer besonderen Eigenschaften wegen, als spezielle Objekte anerkannt.

34) Den Bemühungen von *Blass*, S. 16, die Energien unter die Sachen einzureihen, brauchen wir nicht zu folgen, weil für unser Recht feststeht, dass die Energien (Naturkräfte) keine Sachen sind; jedoch kann mit Fug seine Argumentation dafür auch für die Unterstellung der Naturkräfte unter die rechtliche Herrschaft beigezogen werden. Abgewandelt heisst dann sein Ergebnis (S. 16): Der rechtlichen Herrschaft unterworfen ist eine Naturkraft, wenn sie vermöge ihrer Selbständigkeit, Individualität und Abgeschlossenheit, das Nehmen und Geben, das Behalten gestattet.

und also auch das innigste Verhältnis zur Sache darstellt³⁵. So kommen wir in Bezug auf die Wärme zu folgender Umschreibung der Bedeutung von ZGB Art. 713: Sofern und soweit es im wirtschaftlichen Leben³⁶ durch die Technik ermöglicht wird, in ein Verhältnis zur Wärme zu treten und von ihr irgendwelchen Gebrauch zu machen, soweit soll die Wärme (und die Naturkräfte allgemein) mit dieser Bestimmung des Gesetzes als Rechtsobjekt anerkannt sein³⁷.

5. Zusammenfassend:

Die Technik hat es ermöglicht, dass Wärme in der Verwendungsform der Fernheizungen zum geldwerten Verkehrsgut geworden ist. Als solches ist die Wärme heute³⁸ Gegenstand³⁹ von Vertragsleistungen. Die Eigentumstheorie des Art. 713 ZGB besagt nicht, dass an der Wärme die üblichen Sachenrechte möglich sind, sondern gibt nur die allgemeine Direktive⁴⁰ für die rechtliche Behandlung der Wärme. Im Einzelfalle ist jeweils zu prüfen⁴¹, inwieweit nicht die speziellen Verhältnisse bei der Wärme eine besondere Behandlung erfordern.

II. Die in Betracht fallenden Verträge

A. Die Vertragsarten des Obligationenrechts:

Konsequent der Überschrift dieses Paragraphen folgend, wäre auch hier nicht Raum für eine Subsumtion, bzw. Nichtsubsumtion des Wärmelieferungsvertrages. Jedoch sollen hier diejenigen Vertragsarten des OR, die nicht in Frage kommen, sofort ausgeschieden werden.

35) *Oftinger*, Eigentumsübertragung, S. 4: „Von mehreren möglichen Verhältnissen zur Sache ist das des Eigentums begrifflich das innigste“.

36) *Schlecht*, S. 4, sagt von der Elektrizität (das gilt auch von der Wärme), sie sei ein wirtschaftlicher Faktor.

37) vgl. *Haab*, Kommentar 1929, N 47 der Einleitung zum Sachenrecht: „Die Verneinung der Sachqualität der Energie und der Möglichkeit der sachenrechtlichen Herrschaft an derselben, schliesst natürlich nicht aus, dass sie ein geldwertes Verkehrsgut ist und als solches den Gegenstand von Verträgen bilden kann; im Gegenteil: in Art. 713 ist, ..., die ausdrückliche Anerkennung dieses Gutes zu erblicken.“

In ähnlichem Sinne auch *Leu*, S. 20.

38) ähnlich *List*, S. 41, für die Energien allgemein.

39) Die Wärme tritt als Objekt privatrechtlicher Vertragsleistungen zum Recht in Beziehung, vgl. *Bühlmann*, S. 34.

40) *Haab*, Kommentar 1929, N 45 der Einleitung zum Sachenrecht.

41) was unter § 5 II und § 7 geschehen soll.

1. Gebrauchsüberlassungsverträge (*Miete, Pacht*)

Was an diesen Verträgen in unserm Zusammenhange vor allem interessiert und was zu Vergleichen Anlass gibt, das ist das Moment der Dauer⁴². Diese Verträge gehen nicht, wie die meisten andern Kontrakte, durch Erfüllung unter⁴³; die Erfüllung ist vielmehr gerade das, was den Vertrag aufrecht erhält. Auch beim Wärmelieferungsvertrag spielt diese Dauer eine Rolle, ja vielleicht noch eine grössere als bei den Gebrauchsüberlassungsverträgen, weil beim Wärmelieferungsvertrag die ganze kostspielige und komplizierte Anlage das Verhältnis zwischen den Parteien ausserordentlich festigt. Auch der Wärmelieferungsvertrag wird auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen und endigt normalerweise⁴⁴ durch Zeitablauf⁴⁵ oder durch Kündigung⁴⁶, wie die Gebrauchsüberlassungsverträge.

a. *Miete*: „Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter den Gebrauch einer Sache zu überlassen und der Mieter, dem Vermieter hiefür einen Mietzins zu leisten“ (OR Art. 253). „Wesentliches Erfordernis für das Vorhandensein eines Mietvertrages ist demnach Übergabe einer Sache zum Gebrauch. Vertragsgegenstand ist eine Sache, die fähig ist, im Gebrauche zu stehen, also eine, der ein Dauerdasein zukommt, die durch den Gebrauch nicht aufgezehrt wird“⁴⁷. „Aufgezehrt darf die Sache deshalb nicht werden, weil sie nach Ablauf der Mietzeit wieder zurückgegeben werden muss“⁴⁸, was in Art. 271 OR ausdrücklich gesagt ist.

Nun haben wir zwar schon gesehen, dass der Wärme in den geheizten Räumen ein gewisses Dauerdasein zukommt. Dieses Dauerdasein ist jedoch niemals so, dass von einer Rückgabe gesprochen werden könnte, denn schliesslich verflüchtigt sich die Wärme doch; zudem wäre es kaum möglich, die einmal in der Zimmerluft in Erscheinung getretene Wärme wieder zu fassen und zum Fernheizwerk zurückzuleiten. Die Wärme kann also nicht wieder zurückgegeben werden; sie ist deshalb eine verbrauchbare Erscheinung (ob das physikalisch gesehen dem Satz von der Erhaltung der Energie⁴⁹ widerspricht, kann uns gleichgültig sein, weil wirtschaftlich mit derjenigen Wärme, die sich mit der Luft der Aussenwelt verbunden hat, nichts mehr angefangen werden kann). Wenn auch unter Umständen verbrauchbare Sachen Gegenstand einer Miete sein

42) *Stricker*, S. 49; *Niessen*, S. 27, und *Blass*, S. 49, weisen auf diese Korrelation; für das Dauermoment bei den Gebrauchsüberlassungsverträgen vgl. auch *Guhl*, S. 269 und 282; ferner *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 448.

43) *Gierke*, Schuldverhältnisse, S. 357 ff.

44) siehe hinten, S. 78 f.

45) *Gierke*, Schuldverhältnisse, S. 359, nennt nur den Zeitablauf.

46) Beides, Zeitablauf und Kündigung, nennen auch *Stricker*, S. 49, *Guhl*, S. 282, *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 473, *Leonhard*, S. 161.

47) *Stricker*, S. 49; vgl. auch *Niessen*, S. 28; *Bühlmann*, S. 49; *Blass*, S. 49.

48) siehe vorhin Anm. 47.

können (dann nämlich, wenn sie nicht zum Zwecke des Verbrauchs überlassen werden⁵⁰), so ist das für die Wärme deshalb ohne Bedeutung, weil diese ‚Sache‘ ihrer Natur wegen nicht zurückgegeben werden kann. Der Wärmelieferungsvertrag ist deshalb kein Mietvertrag.

Zu beachten ist, dass das Verhältnis zwischen Wärmelieferant und Wärmeempfänger *dann* eher als Mietvertrag angesprochen werden könnte, wenn als Gegenstand der Miete nicht die Wärme als solche, sondern das heisse Wasser, das dem Wärmeempfänger in die Radiatoren geleitet wird, betrachtet würde. Die Rückgabe würde dann erfolgen durch die Rückleitung des abgekühlten Wassers und der Gebrauch würde darin bestehen, dass dem heissen Wasser Wärme entzogen würde. Einer solchen Ansicht steht aber die Meinung der Parteien entgegen. Diese geht nicht darauf, Wasser oder Heisswasser zum Gebrauch zu überlassen bzw. überlassen zu erhalten. Die Wärme selber soll Leistungsobjekt⁵¹ sein; sie wird in der verbrauchten Menge gemessen und nach *ihrem* Verbrauch wird die Gegenleistung bestimmt.

b. *Pacht*: Das gleiche, was für die Miete gesagt worden ist, gilt auch für die Pacht. Ist keine gebrauchsfähige Sache gegeben, so ist eine nutzbare Sache noch viel weniger gegeben. Pachtgegenstand kann nach OR Art. 275 jedoch nur „eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht sein. Nutzbar sind sie, wenn sie Früchte oder andere Erträgnisse abwerfen⁵²“. Wenn man nicht etwa sagen will, dass die Wärme ‚Behaglichkeit abwerfe‘, so ist nicht erfindlich, worin die Nutzung bestehen könnte. Vor allem aber ist der gleiche Faktor wie bei der Miete massgebend: eine verbrauchbare Erscheinung⁵³ kann nicht Gegenstand einer Pacht sein. Der Wärmelieferungsvertrag ist deshalb keine Pacht⁵⁴.

2. Arbeitsleistungsverträge

a. *Dienstvertrag*: „Der Dienstvertrag ist ein entgeltlicher Vertrag über die Leistung menschlicher Dienste auf bestimmte oder unbestimmte Zeit⁵⁵.“ Wiederum ist es vor allem das Zeitmoment⁵⁶, das sowohl beim Dienstvertrag als auch beim Wärmelieferungsvertrag eine ähnliche Rolle spielt. Jedoch ist zu sagen, dass es für den Dienstvertrag wesentliches Merkmal⁵⁷ ist, dass er auf Zeit abgeschlossen wird (er ist wesensmässig

49) Seiler, Lehrbuch der Physik, 2. Teil, 4. Aufl., Zürich 1945, S. 294.

50) Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 450 lit. c.

51) siehe vorne, S. 33 ff.

52) Becker, Kommentar 1934, N 2 zu Art. 275 OR; vgl. auch Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 275 OR.

53) Stricker, S. 50.

54) vgl. vorhergehende Anmerkung; Niessen, S. 28 f. und Bühlmann, S. 48 f. *erörtern* das für den Elektrizitätslieferungsvertrag.

55) Becker, Kommentar 1934, N 1 zu Art. 319.

56) Stricker, S. 52 oben.

57) Guhl, S. 294; vgl. auch Stricker, S. 52.

immer ein Dauerschuldverhältnis), während beim Wärmelieferungsvertrag die Dauer einfach aus der wirtschaftlichen Natur des Geschäftes⁵⁸, aus der wirtschaftlichen Natur des Leistungsgegenstandes, hervorgeht (Es ist nicht gut anders denkbar, als dass ein Verhältnis, das so grosse Anlagen erfordert wie die Fernbeheizung, längere Zeit dauern muss. Trotzdem wäre theoretisch nicht undenkbar, dass die ganze Anlage nur für eine einigermaßen einmalige Leistung angelegt worden wäre. Das Verhältnis zwischen den Parteien würde das selbe bleiben wie im Normalfall des Wärmelieferungsvertrages, der sich über längere Zeit erstreckt. Damit will nur gesagt sein, dass das Dauermoment für den Wärmelieferungsvertrag nicht ein typisierendes Merkmal darstellt). Wenn beim Wärmelieferungsvertrag das Entgelt in der Regel für die gelieferte Wärmemenge geleistet wird, so spricht das nicht unbedingt gegen das Vorliegen eines Dienstvertrages⁵⁹, weil OR Art. 219 Abs. 2 sagt, dass die Entrichtung des Entgelts nach Massgabe der Zeit nicht Wesensmerkmal⁶⁰ des Dienstvertrags ist. Das entscheidende Kriterium ist jedoch darin zu erblicken, dass beim Dienstvertrag nicht der Arbeitseffekt ausschlaggebend ist, sondern die Arbeitsleistung⁶¹ an sich.

Dem Wärmeempfänger kann es doch völlig gleichgültig sein, *wie* die Arbeit geleistet wird, *wer* die Arbeit leistet. Ihm ist nur wichtig, dass er vom Ergebnis dieser Arbeit, von der Wärme, profitieren kann, dass ihm die Wärme geliefert wird. Zudem fehlt beim Wärmelieferungsvertrag ein gewisses Unterordnungsverhältnis⁶², das beim Dienstvertrag immer irgendwie vorhanden ist. Es kann sich deshalb beim Wärmelieferungsvertrag nicht um einen Dienstvertrag handeln.

b. Werkvertrag: Herstellung eines Werkes, eines Arbeitserfolges⁶³, ist für den Werkvertrag das Typische. Ich gehe hier mit *Stricker* einig, die sich mit dem Werkvertrag im Zusammenhange mit dem Elektrizitätslieferungsvertrag auseinandersetzt, und halte mich an ihre Ausführungen⁶⁴, die ich abgewandelt für unser Gebiet wiedergeben möchte: Der Wärmelieferungsvertrag deckt sich in mancher Beziehung mit dem Werkvertrag. Er geht auch, wie letzterer, auf Lieferung eines erst herzustellenden⁶⁵ Produktes. Dass die Wärme sukzessive geliefert wird, hindert die An-

58) *Stricker*, S. 52, für den Elektrizitätslieferungsvertrag.

59) wie *Stricker*, S. 52, das annimmt.

60) *Guhl*, S. 294: „Der Vertrag bleibt ein Dienstvertrag, auch wenn der Lohn nach Massgabe der geleisteten Arbeit und nicht nach der Zeit berechnet wird.“

61) *Leonhard*, S. 197; *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 506; *Oser/Schönenberger*, N 6 zu Art. 184 OR.

62) *Guhl*, S. 294.

63) *Blass*, S. 52: „Denn es ist das Wesen des Werkvertrages, dass die auf Grund desselben gethane Arbeit zu etwas Fertigem führt, das hergestellt ist, und dass damit die Verpflichtung des Unternehmers erfüllt ist.“; vgl. auch *Sieberg*, S. 50.

64) *Stricker*, S. 53/54.

65) *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 535; *Leonhard*, S. 216.

nahme eines Werkvertrages nicht, denn die sukzessive Lieferung ist nur eine Form der Erfüllung, hat also auf das Wesen des Vertrages keinen Einfluss⁶⁶. Auch die Art der Vergütung stimmt mit den Regeln des Werkvertrages überein. Dennoch ist für den Wärmelieferungsvertrag die Annahme eines Werkvertrages abzulehnen, mit Ausnahme desjenigen Vertrages, durch den sich der Wärmelieferant verpflichtet, die Beheizung von Räumlichkeiten direkt zu besorgen. Dass hier Werkvertrag vorliegt, das geht aus der Literatur⁶⁷ und der Rechtsprechung⁶⁷ hervor. Ein solcher Wärmelieferungsvertrag ist ein Werkvertrag⁶⁸; er ist aber nur eine Abart, kein typischer Wärmelieferungsvertrag. Was beim typischen Wärmelieferungsvertrag vor allem gegen Annahme eines Werkvertrages spricht, ist der Umstand, dass der Wärmeempfänger in keiner Weise ein Mitspracherecht bei der Herstellung der Wärme hat. Damit fällt ein typisches Tatbestandsmerkmal des Werkvertrages beim Wärmelieferungsvertrag weg. Des weitern spricht gegen den Werkvertrag, dass Gegenstand des Werkvertrages in der Regel ein eigenartig, individuell gestaltetes Produkt ist und nicht eine Dutzendware⁶⁹, als was die Wärme ohne Zweifel angesehen werden muss (es fehlt ihr jeder individuelle Charakter). Die Normalform⁷⁰ des Wärmelieferungsvertrages ist somit nicht ein Werkvertrag.

3. Veräusserungsgeschäfte

a. Tausch und Schenkung: Merkmal⁷¹ des Tausches ist, dass nicht Ware gegen Geld, sondern Ware gegen Ware ausgetauscht wird. Beim Wärmelieferungsvertrag besteht aber die Leistung des Wärmeempfängers in Geld, also liegt kein Tausch vor.

Kennzeichnend für die Schenkung ist die Unentgeltlichkeit der Zuwendung⁷². Beim Wärmelieferungsvertrag liegt aber Entgeltlichkeit vor; es handelt sich deshalb nicht um eine Schenkung.

b. Kaufvertrag: „Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum

66) *Vetsch*, S. 4: „Die Parteien können die Form der sukzessiven Erfüllung oder der fortgesetzten Leistung aber auch bei Verträgen anwenden, wo sie begrifflich nicht notwendig ist.“

67) zum Elektrizitätslieferungsvertrag! vgl. dazu vorläufig *Niessen*, S. 30 und ebenda Anm. 64; etwas eingehender hinten, S. 52.

68) dazu hinten, S. 58/59.

69) *BGE* 21 192; 29 II 48; *Weiss*, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht, Bd. 3 (Obligationenrecht), Zürich 1932, Nr. 5644.

70) wie sie vorne, S. 27 ff. dargestellt wurde.

71) Art. 237 OR.

72) Art. 239 OR.

darán zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen“ (OR Art. 184 Abs. 1)⁷³.

aa. Kaufgegenstand⁷⁴: Der Kaufgegenstand muss also ein Objekt sein, das übergeben werden und das im Eigentum stehen kann. Nach ZGB Art. 713 können die Naturkräfte Gegenstand des Fahrniseigentums sein. Zu den Naturkräften im Sinne dieses Artikels gehört auch, wie wir schon weiter vorne⁷⁵ festgestellt haben, die Wärme. Es steht also nichts entgegen, von diesem Gesichtspunkte aus die Naturkräfte, und also auch die Wärme, als Gegenstand von Kaufverträgen⁷⁶ zu betrachten.

bb. Übergabe des Kaufgegenstandes: Unter Übergabe ist nach herrschender Lehre jede Art von Übergang einer Ware von einem Rechtssubjekt auf ein anderes zu verstehen. Nun ist zwar die Wärme keine Ware im üblichen Sinne (keine bewegliche körperliche Sache); die Technik hat es jedoch ermöglicht, dass die Wärme übergeben werden kann. Die Wirtschaft macht von dieser Möglichkeit bei den Fernheizungsanlagen Gebrauch. Auch unter diesem Gesichtspunkte steht also nichts entgegen, die Wärme als Gegenstand eines Kaufvertrages⁷⁶ zu betrachten.

cc. Preis: Was den vom Käufer dem Verkäufer zu bezahlenden Preis betrifft, so ist allgemein anerkannt, dass er genügend bestimmt ist, wenn sich die Parteien darüber einigen, wie er nachträglich bestimmt werden soll⁷⁷. Dass er in Geld im juristischen Sinne⁷⁸ besteht, berührt uns hier nicht.

B. Spezialabreden, die in Betracht fallen:

Wenn auch dieser Hinweis keine Gesetzesauslegung darstellt (und also nicht in das gegebene System passt), sollen trotzdem hier kurz die Spezialabreden, die beim Wärmelieferungsvertrag in Betracht fallen können, genannt werden⁷⁹:

73) vgl. dazu die Definition von Rossel, zitiert nach *Alcalay*, S. 8: „La vente, aux termes de l'art. 184 CO, est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer. C'est donc un contrat bilatéral, productif d'obligations à l'égard du vendeur et de l'acheteur et dont le but principal est le transfert de la propriété.“; ferner die Ausführungen bei *Gujer*, S. 31; *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 336.

74) siehe *Boller*, S. 8, und die dort genannte Literatur.

75) S. 41 ff.

76) Dass die Naturkräfte Gegenstand eines Kaufvertrages sein können, das ist für die Schweiz in Bezug auf die Elektrizität anerkannt. vgl. *Oser/Schönenberger*, N 3 zu Art. 184 OR; *Becker*, Kommentar 1934, N 9 zu Art. 184 OR; *Guhl*, S. 238; *Lienhart*, Kaufvertrag, S. 4.

77) von *Tuhr/Siegwart* I, S. 253; *Guhl*, S. 238; *Lienhart*, Kaufvertrag, S. 5.

78) *Oser/Schönenberger*, N 7 zu Art. 184 OR; *Becker*, Kommentar 1934, N 14 zu Art. 184.

Lieferungsabrede im weitesten Sinne — Sukzessivlieferungsabrede im weitem Sinne — Bezugsvertrag — Bedarfsvertrag (mit beiden Untervarianten); ferner geben zu Betrachtung Anlass die Abrufsklausel und die Abonnementklausel.

Auf das Genannte wird jedoch erst nach der Subsumtion des Wärmelieferungsvertrages ⁸⁰ näher eingegangen werden.

79) siehe vorne, S. 19 ff.

80) siehe hinten, S. 62 ff.

3. ABSCHNITT:

SUBSUMTION UND RECHTLICHE NATUR DES WÄRMELIEFERUNGSVERTRAGES

§ 6. Als was wurden ähnliche Verhältnisse betrachtet?

I. Elektrizitätslieferungsvertrag

A. Heutige Ansicht:

Literatur und Rechtsprechung sehen heute im Elektrizitätslieferungsvertrag einhellig entweder einen Kaufvertrag oder einen Werkvertrag.

1. *Kaufvertrag*: „Ist Gegenstand des Vertrages die Zulieferung, das Zurverfügungstellen, das Zuleiten des Stromes an die Stelle, wo er durch die Anlage des Bezügers abgenommen wird, und besteht die Leistung nicht etwa in der Erreichung eines bestimmten, mit der elektrischen Kraft zu erzielenden Erfolges, wie dies bei der Übernahme der elektrischen Beleuchtung oder Beheizung von Fabrikräumen der Fall wäre, so qualifiziert sich der Vertrag als Kaufvertrag¹.“

2. *Werkvertrag* dagegen liegt vor, „wenn der Lieferant sich verpflichtet, mit der von ihm zu liefernden Kraft einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, z. B. ein Gebäude zu beleuchten oder zu heizen²“. Von dieser Art von Elektrizitätslieferungsverträgen sagt auch *Stricker*³ „Dass hier Werkvertrag vorliegt, darüber ist man in Literatur und Rechtsprechung allgemein einig.“

B. Andere Ansichten:

Die vorhin unter A dargelegte, heute gefestigte, Ansicht hat sich erst aus einem auf ziemlich breiter Basis geführten Meinungsstreit⁴ entwickeln müssen. An dieser Stelle sollen einige Hinweise auf diese Diskussion

1) zitiert nach *BGE* 48 II 370 (= *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 4866), auf welchen Entscheid auch die neuere Praxis hinweist: *BGE* 76 II 107; 53 II 237 f.; ebenso auch *BGE* 47 II 451 f.; vgl. auch *Brodbeck*, S. 567 zu Art. 713 ZGB; *Alcalay*, S. 20, sieht im Elektrizitätslieferungsvertrag einen Kauf; ebenso *Bühlmann*, S. 56; vgl. auch *Fehr*, S. 17 a; *Gujer*, S. 61; *Hürlimann*, S. 3; *Hesse*, S. 4, will den Elektrizitätslieferungsvertrag dem Kaufvertrag analog behandelt wissen; *Lenz*, S. 33; *Niessen*, S. 36.

2) *Brodbeck*, S. 567 zu Art. 713 ZGB (= *BGE* 48 II 370); ferner die unter Anm. 1 genannte Gerichtspraxis.

3) *Stricker*, S. 53; vgl. auch *Niessen*, S. 30, *Schlecht*, S. 14 und *Vetsch*, S. 5.

4) *List*, S. 41: „Bald entschied man sich für einen Kaufvertrag, bald für einen Werkvertrag, bald für einen gemischten Vertrag und ein besonderes Ergebnis

genügen: So hat z. B. *Blass* ⁵ die Verträge über Lieferung von Elektrizität, Gas, Luft und Wasser zusammengefasst unter den Begriff der „Zuleitungsverträge“, die nach ihm Innominatkontrakte darstellen. Des weitern wurde der Elektrizitätslieferungsvertrag bald als *Miete* ⁶, bald als *Pacht* ⁷, bald als *Dienstvertrag* ⁸ und bald als *Werkvertrag* ⁹ angesehen ¹⁰. Auch die Ansicht, es liege ein *Vorvertrag* ¹¹ vor, wurde vertreten. Sozusagen die ganze Skala der bei uns im speziellen Teil des Obligationenrechtes geregelten Vertragstypen musste also zur Klärung der Natur des Elektrizitätslieferungsvertrages herhalten.

II. Energielieferungsverträge überhaupt:

Einige Autoren haben, vom Elektrizitätslieferungsvertrag ausgehend, sich anschliessend über den Energielieferungsvertrag allgemein ausgesprochen (es ist jedoch zu beachten, dass sehr oft einfach der Elektrizitätslieferungsvertrag als Energielieferungsvertrag ¹² bezeichnet wurde). So schreibt *Gujer* ¹³ in diesem Zusammenhange: „es liegt in der Natur des

glaubte man durch den Satz gefunden zu haben: Der Energieversorgungsvertrag ist ein Arbeitsvertrag vom Typus des Werkvertrages.“

vgl. über die herrschende Meinung schon um 1900, der sich *Pflegbart* entgegenstellt, *Pflegbart*, Sachqualität, S. 319/320.

5) *Blass*, S. 56; *Schlecht*, S. 8, dagegen fasst unter „Energievertrag“ die Verträge über Lieferung elektrischer Energie, Schall, Wärme (!), Elastizität, mechanischer und chemischer Energie usw. zusammen und stellt fest, dass das Innominatkontrakte seien; *Mouttet*, S. 6; *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 535, nennt den Elektrizitätslieferungsvertrag einen Vertrag eigener Art, der vorwiegend nach Kaufsrecht zu behandeln sei.

6) *Pflegbart*, Rechtsobjekt, II, S. 297: „der Elektrizitätslieferungsvertrag bildet *neben der Pacht* eine besondere Unterart der Sachmiete (*locatio conductio rei*) im weiteren Sinne und die für diese geltenden rechtlichen Grundsätze haben überall auf ihn Anwendung zu finden, soweit nicht die besondere Natur des Mietobjekts einer besonderen Regelung ruft.“; *ders.*, Sachqualität, S. 316.

7) *Kohler* (zitiert nach *Stricker*, S. 50) „erkennt dem Energielieferungsvertrag neben der Werkvertragsnatur auch die Natur eines Pachtvertrages zu, indem er die gesamte Elektrizitätsleistung als *ein Gut* zusammenfasst, dessen Gebrauch dem Benützer als Pächter gestattet wird.“

8) *Luedewig* (zitiert nach *Stricker*, S. 51) drückt sich so aus: „Da der Vertrag also immer nur auf Erzeugung blosser schaffender Bewegung, Kraft, nicht eines fertigen Wirtschaftsproduktes, eines Werkes von selbständigem und wirtschaftlichem Wert und Bedeutung, gehe, so liege nicht Werkvertrag sondern Dienstvertrag vor.“

9) *Leonhard*, S. 215; *Wyler*, S. 58.

10) weitere Literatur- und Rechtsprechungshinweise bei *Schlecht*, S. 6/7.

11) *Vetsch*, S. 15 ff., v. a. S. 17.

12) vgl. die Überschrift der Arbeit von *Bühlmann*: „Die Energielieferungsverträge in der schweizerischen Elektrizitätsindustrie“. Was damit gemeint ist, wird schon aus dieser Überschrift ersichtlich; es wird aber auf S. 4 der angeführten Arbeit noch ausdrücklich gesagt.

13) *Gujer*, S. 20.

Kaufobjektes und der Art und Weise des Bezugs, dass diese Verhältnisse ohne besondere Abmachung als *Abrufkäufe*¹⁴ erscheinen¹⁵.“ *Schlecht* dagegen sieht in den Energielieferungsverträgen *Innominatkontrakte*¹⁶.

III. Gaslieferungsvertrag (Haushaltversorgung):

Über die Natur des Leistungsobjektes beim Gaslieferungsvertrag sind, wie wir schon weiter vorn bemerkt haben¹⁷, keine grossen Kriege geführt worden. Nichtsdestoweniger aber sind die Ansichten in Bezug auf die Natur des Vertrages über die Lieferung von Gas auseinander gegangen. So zählt *Blass*¹⁸ diesen Vertrag zu den Zuleitungsverträgen und diese, sagt er, seien Innominatkontrakte. Dagegen will *Zenke*¹⁹ den Gaslieferungsvertrag nicht als einheitlichen Vertrag auffassen; es liege vielmehr ein Vorvertrag über nachfolgende eigenartig gestaltete Kaufverträge vor. Eine schon in andern Zusammenhängen genannte Denkschrift²⁰ spricht von einem reinen Kaufgeschäft und auch *Gujer*²¹ nennt den Gaslieferungsvertrag im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag.

Als heute massgebliche Ansicht darf diejenige angesprochen werden, die *Oser/Schönenberger*²² vertritt: der Gaslieferungsvertrag ist ein Kaufvertrag mit verschiedenen Spezialabreden.

IV. Wasserlieferungsvertrag (Haushaltversorgung):

Was vorhin für den Gaslieferungsvertrag gesagt worden ist, gilt auch für den Wasserlieferungsvertrag, denn beinahe immer wird in der Literatur beides zusammen (Gas- und Wasserlieferungsvertrag) genannt. Heute gilt deshalb auch vom Wasserlieferungsvertrag, dass er als Kaufvertrag aufgefasst wird, bei dem verschiedene Nebenabreden zu beachten sind.

Bemerkung: Es hätte zu weit geführt, wenn in diesem Zusammenhange immer noch die zum Teil sehr ausführlichen Begründungen der betreffenden Autoren gegeben worden wären. In gewissem Umfange

14) vom Verfasser hervorgehoben.

15) vgl. auch *Vetsch*, S. 5.

16) *Schlecht*, S. 8; siehe dazu vorn, Anm. 5 zu diesem Paragraphen.

17) siehe S. 40/41.

18) siehe S. 53.

19) *Zenke*, S. 26; ebenso *Caesar* (bei *Roth*, S. 146); auch *Vetsch*, S. 15 und 17, der den Gaslieferungsvertrag zu den Verträgen auf fortgesetzte Lieferung rechnet und in diesen einen Vorvertrag über nachfolgende Hauptverträge sieht.

20) Gasfernversorgung von den Kohlengewinnungsstätten aus? Denkschrift des Deutschen Vereins von Gas- und Wasserfachmännern, Berlin 1927, S. 38.

21) *Gujer*, S. 61; vgl. auch *Hesse*, S. 4.

22) *Oser/Schönenberger*, N 22 zu Art. 184 OR; vgl. auch *Becker*, Kommentar 1934, N 9 zu Art. 184 OR.

23) siehe vorn, S. 37 ff.

(allerdings nur sehr beschränkt) gehen jene aus den Erläuterungen in § 5, Anm. 23, hervor, und es sei deshalb auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen.

§ 7. Subsumtion des Wärmelieferungsvertrages

I. Ergebnisse der Vorarbeiten

A. Ergebnisse aus der Vertragsbetrachtung

1. Leistungsgegenstände:

a. Von Seiten des Wärmeempfängers muss eine Geldleistung¹ erbracht werden, die entweder (in kleinern Verhältnissen) so² berechnet wird, dass die Kosten der gesamten Fernheizung unter die angeschlossenen Wärmeempfänger nach Massgabe einer festen Grösse (beheizter Raum, Heizfläche, Anschlusswert, u. a. m.) aufgeteilt werden, ohne Rücksicht darauf, ob vom einzelnen Wärmeempfänger die Heizung auch tatsächlich mitbenutzt worden ist oder nicht (Rechnungstellung und Zahlung erfolgt in der Regel nach Ablauf einer Heizperiode); oder aber die Geldleistung wird so³ berechnet, dass eine jährliche Grundgebühr von fester Grösse (nach dem Anschlusswert beim Wärmeempfänger abgestuft) zu zahlen ist und dazu ein veränderlicher Preis für die in einem bestimmten Zeitabschnitt bezogene Wärme. Die Grundgebühr ist dabei geschuldet, ob Wärme bezogen wurde oder nicht; der veränderliche Preis jedoch ist nur zu zahlen, soweit und soviel Wärme bezogen worden ist.

b. Von Seiten des Wärmelieferanten ist Leistungsgegenstand ein Quantum Wärme⁴, eine Wärmemenge, die geeignet ist, die angeschlossenen Räume auf einer gewissen Temperatur zu halten.

2. Hauptverpflichtungen der Parteien:

Hauptverpflichtung des Wärmelieferanten⁵ ist, die soeben genannte Wärmemenge zu liefern, resp. lieferungsbereit⁶ zu halten. Hauptverpflichtung des Wärmeempfängers⁷ ist die Zahlung des Preises im vorhin genannten Sinne und in der Regel auch die unbedingte Verpflichtung, die Wärme vom Lieferanten zu beziehen, wenn solche benötigt⁸ wird.

1) siehe vorn, § 4 III A, S. 33.

2) siehe vorn, § 4 II B, S. 32 unten.

3) siehe vorn, § 4 II B, S. 32; auch § 4 III A, S. 33.

4) siehe vorn, § 4 III B, S. 33 ff.

5) siehe vorn, § 4 II A, S. 29.

6) siehe vorn, § 4 II A, S. 30.

7) siehe vorn, § 4 II B, S. 32.

8) siehe vorhergehende Anmerkung; auch hinten, § 8 III B, S. 74/75 und § 7 IV B, S. 63/64.

B. Ergebnisse der Gesetzesauslegung

1. Dem Art. 713 ZGB haben wir entnommen, dass die Rechtsordnung die Naturkräfte soweit anerkennen will, als Wirtschaft und Technik in der Lage sind, von ihnen Gebrauch zu machen⁹. Wir haben ferner festgestellt¹⁰, dass die Wärme zu den Naturkräften im Sinne dieses Artikels gerechnet werden muss.

2. Des weitern haben wir die in Betracht fallenden Verträge des Obligationenrechts angesehen und festgestellt¹¹, dass weder Miete, noch Pacht, Dienstvertrag oder Werkvertrag für den Normalfall des Wärmelieferungsvertrages in Frage kommen. Aus OR Art. 184 in Verbindung mit ZGB Art. 713 haben wir abgeleitet¹², dass die Naturkräfte (und somit auch die Wärme) nach unserer Rechtsordnung Gegenstand von Kaufverträgen sein können.

II. Vorvertrag plus anschliessende Hauptverträge?

A. Das Bild dieser Konstruktion

1. Vorvertrag:

Der Vorvertrag würde im Bereich der Wärmelieferung doch wohl der Vertrag sein, den die Parteien vor Beginn des Austausches der Vertragsgegenstände miteinander abschliessen¹³, also der Vertrag, der in der Regel von den Parteien schriftlich niedergelegt wird. Mit andern Worten: der Vorvertrag wäre der Vertrag, den wir weiter vorne¹⁴ betrachtet haben. Sein Hauptinhalt wäre dann der, dass sich die Parteien verpflichten, die späteren Hauptverträge abzuschliessen.

2. Hauptvertrag:

Als Hauptvertrag müssten dann die einzelnen Bestellungen und Lieferungen innerhalb des Vorvertrages angesprochen werden. Weil aber bei dem gegebenen Leistungsgegenstand, der Wärme, auf Seiten des

9) siehe vorn, § 5 I B, S. 45 v. a.

10) siehe vorn, § 5 I B, S. 41 ff.

11) siehe vorn, § 5 II, S. 45 ff.

12) siehe vorn, § 5 II A, S. 49/50.

13) Dieser Ansicht ist *Vetsch*, S. 17, der für die Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung sagt: „Einem schon jetzt geschlossenen festen Kauf steht entgegen, dass nicht einmal bestimmbar ist, wieviel denn gekauft wird; das hängt ja von der Vertragsdauer ab bzw. davon, in welchem Umfang sich beim Käufer der Bedarf einstellt.“; ähnlich *Niessen*, S. 53; anderer Ansicht *Wyler*, S. 62; eine Zusammenstellung verschiedener Ansichten findet sich bei *Roth*, S. 144 ff.

14) in § 4, S. 27 ff.

Lieferanten innerhalb einer Heizperiode die Einzellieferungen nicht klar auseinandergehalten¹⁵ werden können, so müsste doch wieder als einzelner Hauptvertrag ein Vertrag angesehen werden, der sich über eine kürzere oder längere Dauer erstreckt. Die Dauer des einzelnen Hauptvertrages wäre zwar jetzt in jedem Falle eine bestimmte; für die Quantität der zu liefernden Wärme jedoch und für den dafür zu bezahlenden Preis wäre durch diese Unterteilung in Vorvertrag plus anschliessende Hauptverträge keine grössere Bestimmtheit¹⁶ erreicht, denn auch im Hauptvertrag könnte erst nachträglich, das heisst nachdem die Wärme geliefert worden ist (während der bestimmten Zeit), das verbrauchte Quantum Wärme festgestellt und darnach der Preis berechnet werden.

B. Ergebnis:

In OR Art. 22 Abs. 1 ist der Begriff des Vorvertrages sanktioniert: „Durch Vertrag kann die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet werden.“ Aus dieser Umschreibung ergibt sich zwangsläufig die von *von Tuhr*¹⁷ geprägte Definition: „Unter Vorvertrag ist ein Vertrag zu verstehen, durch welchen sich eine oder beide Parteien zum Abschluss eines andern Vertrags (des sogenannten Hauptvertrags) verpflichten.“ So wäre an und für sich ein Vorvertrag so, dass sich die Parteien verpflichten, miteinander später einen Hauptvertrag abzuschliessen, durchaus denkbar¹⁸, obschon *von Tuhr*¹⁹ überhaupt (mit zwei Ausnahmen, die uns hier nicht interessieren) die Möglichkeit eines Vorvertrages zwischen den gleichen Parteien, die nachher den Hauptvertrag schliessen, verneint.

15) siehe hinten, IV B dieses Paragraphen, S. 63.

16) *Hürlimann*, S. 15: „Der Vorvertrag bedarf also zu seiner Gültigkeit genau desselben Bestimmtheitsgrades wie der entsprechende Hauptvertrag“; *ders.*, S. 16, betont, was er schon auf S. 5 gesagt hat, dass beim Sukzessivlieferungsvertrag kein Vorvertrag vorliegt.

17) *von Tuhr/Siegwart I*, S. 252.

18) *Vetsch*, S. 13: „Von Gerichten ist festgestellt worden, es komme bei der Unterscheidung von Kaufvertrag und Vorvertrag darauf an, ob das, was zu der ersten Übereinkunft hinzukommen müsse, so wesentlich sei, dass ohne das eine Lieferung der gekauften Ware nicht erfolgen könne.“ — Auch von diesem Gesichtspunkte aus besteht jedoch beim Wärmelieferungsvertrag kein Grund, einen Vorvertrag anzunehmen, weil hier nach der ersten Abmachung ohne weiteres geliefert werden kann. Dass der Empfänger eventuell Hand bieten muss zur Lieferung, das kann nicht heissen, es fehle eine essentielle Abmachung für das Bestehen eines Kaufes, denn solches muss er sozusagen bei jedem Kauf.

19) *von Tuhr/Siegwart I*, S. 253: „Dieselbe Bestimmbarkeit ist aber auch im Vorvertrag nötig, um ihm rechtlichen Bestand zu verleihen. Dass es sich in solchen Fällen nicht um einen Vorvertrag handelt, sondern ein Hauptvertrag (mit noch näher zu bestimmender Leistung) schon geschlossen ist, zeigt sich daran, dass der Gläubiger nicht erst Abschluss eines Vertrages zu verlangen hat, sondern sofort auf Bewirkung der Leistung klagen kann.“

Dass aber mit dieser Konstruktion in unserm speziellen Falle nichts gewonnen werden kann, das haben wir soeben unter A festgestellt. — Fragt man sich zudem, welches denn die Wirkungen wären, wenn ein Vorvertrag angenommen würde, so stellt man fest, dass das darauf hindependen würde, dass auf Grund des Vorvertrages nicht die Lieferung der Wärme oder die Entrichtung des Entgelts verlangt werden könnte, sondern nur der Abschluss des Hauptvertrages. Was aber diesen Abschluss betrifft, so würde er in Wirklichkeit nur darin bestehen, dass der Wärmeeempfänger während einer gewissen Zeit die Zuleitung zu seinen Heizungsinstallationen offen hält. Mit andern Worten: der Abschluss des Hauptvertrages würde in der Lieferung, besser in der Ermöglichung der Lieferung bestehen. Es macht deshalb keinen Unterschied, ob direkt Lieferung verlangt werden kann²⁰ oder ob zuerst Abschluss des Hauptvertrages verlangt werden muss.

Somit besteht keinerlei Bedürfnis²¹, den Wärmelieferungsvertrag in einen Vorvertrag und nachfolgende Hauptverträge zu zerlegen. Der Wärmelieferungsvertrag ist hinsichtlich des Abschlusses ein einheitlicher²² Vertrag.

III. Wärmelieferungsvertrag als Werkvertrag:

Dass der Wärmelieferungsvertrag Werkvertrag sein kann, das haben wir schon früher²³ festgestellt. Und zwar ist er es dann, wenn sich der Wärmelieferant nicht zur Lieferung von Wärme verpflichtet, sondern die Beheizung bestimmter Räumlichkeiten übernimmt. Weil diese Art von Wärmelieferungsvertrag aber nicht der Normalfall ist, sondern nur eine Nebenform (wie wir auch schon weiter vorne bemerkt haben), wollen wir auf diese Erscheinung nicht näher eintreten und nur beifügen, dass die Rechtsprechung²⁴ im Zusammenhange mit dem Elektrizitätslieferungsvertrag ähnlich argumentiert und begründet, wie hier vorgegangen werden müsste: Der Elektrizitätslieferungsvertrag ist Werkvertrag, wenn die Verpflichtung der einen Partei auf Beheizung von Räumlich-

20) siehe die vorhergehende Anmerkung.

21) auch nicht nach der Konstruktion eines Zwischengebildes zwischen Hauptvertrag einerseits und Vorvertrag andererseits, wie *Niessen*, S. 52, es für den Elektrizitätslieferungsvertrag versucht, bei dem keine Bezugsverpflichtung des Abnehmers besteht, denn beim Wärmelieferungsvertrag besteht immer, nicht eine Bezugsverpflichtung, aber eine Mindestzahlungspflicht, was im Effekt auf das gleiche hinauskommt (siehe dazu hinten, § 7 IV B, S. 64).

22) auch *Leonhard*, S. 10, sagt, dass bei Wiederholungsleistungen, die v. a. beim Kauf häufig sind, hinsichtlich des Abschlusses ein einheitlicher Vertrag vorliegt; ähnlich *Niessen*, S. 50; *Gierke*, Schuldverhältnisse, S. 362, plädiert dagegen für Vorvertrag.

23) siehe vorn, § 5 II A, S. 48/49.

24) *BGE* 76 II 107; *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 4866 (= *BGE* 48 II 370 ff.); *BGE* 47 II 451 ff.; *Brodbeck*, S. 567 zu Art. 713 ZGB.

keiten mittels Elektrizität geht. Die Praxis anerkennt demnach die Beheizung von Räumen als ‚Werk‘ im Sinne von OR Art. 363. Ob dann aber die Beheizung mittels Elektrizität oder mittels eines Wärmeträgers im Sinne der Fernheizung geschieht, das kann keinen Unterschied machen.

Verspricht also bei einer Fernheizungsanlage die eine Partei (Wärmelieferant), die Beheizung bestimmter Räumlichkeiten zu übernehmen, so muss dann auch dieses Verhältnis ein Werkvertrag sein.

IV. Wärmelieferungsvertrag als Kaufvertrag

Wir haben schon mehrfach gesehen²⁵, in was für einem Sinne durch ZGB Art. 713 die Naturkräfte anerkannt sein wollen. Betrachtet man neben diesem Artikel auch OR Art. 184, welcher den Kaufvertrag umschreibt, so drängt es sich geradezu auf, zu sagen, dass unsere Rechtsordnung mit den genannten Artikeln die Subsumtion des Elektrizitätslieferungsvertrages im besondern, der Energielieferungsverträge im allgemeinen und somit auch der Wärmelieferungsverträge, unter den Begriff des Kaufes ermöglichen wollte.

A. Hauptabrede:

Beim Kauf muss die Hauptabrede²⁶ auf Austausch²⁷ von Ware gegen Geld gehen²⁸.

1. Ware:

Im Wärmelieferungsvertrag ist die Ware die Wärme. Es ist dies allerdings eine Ware in einem besondern Sinne, denn die üblichen Sachenrechte²⁹ daran sind nur sehr beschränkt vorstellbar; ja sogar das Eigentum (welches durch ZGB Art. 713 an den Naturkräften *expressis verbis* für möglich erklärt wird) an der Wärme ist nur möglich³⁰ unter Berück-

25) siehe vorn, § 5 I B, S. 41 ff.

26) Becker, Kommentar 1934, N 5 zu Art. 184 OR: „Als Vertrag erfordert der Kauf Einigung über die begriffswesentlichen Elemente, Ware... einerseits und den Preis anderseits“; vgl. auch Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 184 OR.

27) Becker, Kommentar 1934, N 8 zu Art. 184 OR.

28) Niessen, S. 33: „Sieht man von der zufälligen Ausgestaltung des Kaufs in unserer Rechtsordnung ab und geht man auf den allgemeinen Begriff und die wirtschaftliche Funktion des Kaufes zurück, so zeigt sich als dessen wesentlicher Inhalt, dass er auf den Umsatz von Gütern gegen Geld gerichtet ist.“; vgl. auch Lienhart, Kaufvertrag, S. 3; Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 336.

29) Wyler, S. 56: „Mit der Feststellung dass die elektrische Energie Gegenstand von Verträgen sein kann, ist jedoch nichts ausgesagt über ihre übrige rechtliche Behandlung.“ Das gilt *mutatis mutandis* auch für die Wärme.

30) siehe vorn, § 5 I B, S. 43 f.

sichtigung der engen Schranken, die der Herrschaft des Menschen durch die Natur der Wärme gesetzt werden. Für den Austausch gegen Geld, das zeigen die in praxi vorkommenden Verhältnisse, eignet sich jedoch die Wärme; sie eignet sich vor allem deshalb, weil ihr Verbrauch gemessen werden kann und weil sie auch, allerdings mittels ganz spezieller Vorrichtungen, von einem Orte zu einem andern transportiert werden kann. Sie ist also eine ‚Sache‘, für die der Empfänger bei gegebenen Voraussetzungen bereit ist, Geld zu zahlen.

Wenn die Wärme, die geliefert werden muss, auch zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht vorhanden ist, so hindert das nicht, den Wärmelieferungsvertrag als Kauf zu betrachten, denn nach allgemein anerkannter Lehre³¹ ist auch ein Kauf über erst zukünftige Sachen möglich.

2. Preis:

Die Gegenleistung für die gelieferte Wärme besteht in einer Geldleistung³², so wie es beim Kauf immer erforderlich ist. Wenn auch gesagt werden kann, dass der zu zahlende Preis im voraus einigermaßen berechnet werden kann (indem der Verbrauch an Wärme ungefähr vorausgesehen³³ werden kann), so muss doch zugegeben werden, dass die Parteiabmachung immer nur dahin geht, zu bestimmen, wie der Preis berechnet werden soll. Das hindert aber nicht, einen festen Kauf anzunehmen, weil allgemein³⁴ anerkannt ist, dass die Bestimmbarkeit des Kaufpreises genüge.

Ist der Wärmelieferant bereit, seine Verpflichtungen zu erfüllen, so muss vom Empfänger auf jeden Fall etwas bezahlt werden:

- a. Ist ein Pauschalpreis in dem weiter vorne³⁵ genannten Sinne verabredet, so muss der Wärmeempfänger seinen Anteil an den gesamten Heizkosten bezahlen, ob er die Heizung mitbenützte oder nicht. Ja, sogar wenn alle Wärmeempfänger einer Fernheizanlage keine Wärme bezogen haben sollten und der Lieferant die Feuerungsanlage nur für sich allein betrieben hätte, so müssten die Empfänger trotzdem ihre Anteile bezahlen (selbstverständlich werden die Anteile kleiner, weil die Heizung weniger Kosten verursacht hatte).

31) Becker, Kommentar 1934, N 10 zu Art. 184 OR; Guhl, S. 238.

32) Becker, Kommentar 1934, N 14 zu Art. 184 OR; Oser/Schönenberger, N 7 zu Art. 184 OR.

33) siehe vorn, § 4 II A, S. 29.

34) von Tuhr/Siegwart I, S. 253: „Aber das Erfordernis der festen Verabredung der Leistung ist vom heutigen Recht grundsätzlich aufgegeben; es genügt Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts.“; siehe auch OR Art. 184 Abs. 3; vgl. auch Guhl, S. 238: die Bestimmbarkeit des Preises ist vorhanden, wenn die Parteien „wenigstens darüber einig sind, wie der Kaufpreis nachträglich bestimmt werden soll...“.

35) siehe vorn, § 4 II B, S. 32 unten.

- b. Ist eine Grundgebühr plus ein nach der Menge der bezogenen Wärme veränderlicher Preis vereinbart ³⁶, so ist mindestens immer die Grundgebühr zu bezahlen.

3. Austausch von Ware gegen Preis:

Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass die Übergabe der Wärme sich stets auf dem durch die Technik ermöglichten Wege vollzieht. Den Parteien bleibt höchstens, abzumachen, an welcher Leitungsstelle die Wärme als geliefert betrachtet werden soll ³⁷. Bei Pauschalverrechnung ³⁸ ist dies in der Regel der Ort des Eintrittes der Zuleitung in das zu heizende Haus; bei der andern Preisberechnung ³⁹ ist es in der Regel die Stelle, an der das Wärmemengenmessgerät in die Zuleitung eingebaut ist. Die Zahlungsmodalitäten werden regelmässig in den Verträgen geordnet, und zwar so, dass im allgemeinen, sowohl bei gemessener Wärmelieferung als auch beim Pauschalpreis (prozentuale Aufteilung) der Lieferant vorzuleisten hat; allerdings nicht für die ganze Dauer des Vertragsverhältnisses, sondern das Entgelt ist ratenweise für entsprechende Zeitabschnitte postnumerando zu zahlen ⁴⁰.

Essentiell für den Kauf ist also die Abrede über den Austausch von Ware gegen Geld. Beim Wärmelieferungsvertrag ist essentiell der Austausch von Wärme gegen Geld. Wenn sich auch dieser Austausch in den durch die Natur der Wärme vorgezeigten engen Formen vollzieht, so ändert das doch nicht, dass nach unserm Recht der Wärmelieferungsvertrag ein Kaufvertrag ist.

B. Besonderheiten des Vertrages ⁴¹

1. Vorbemerkungen:

a. Terminologisches: Was wir hier „Besonderheiten des Vertrages“ nennen, wird üblicherweise erörtert unter der Bezeichnung „Spezialabreden“ ^{41a}. Beim Wärmelieferungsvertrag kann diese Bezeichnung *deshalb* nicht angewendet werden, weil die meisten der Besonderheiten sich nicht aus Vertragsabreden, sondern aus der exceptionellen Natur des einen

36) wie unter § 4 II B, S. 32, dargestellt.

37) dazu § 4 II A, S. 30/31.

38) siehe vorhin, Anm. 35.

39) siehe vorhin, Anm. 36.

40) vgl. Blass, S. 60, für die „Zuleitungsverträge“.

41) es sei allgemein auf die in Anm. 41 a bezeichnete Stelle verwiesen.

41a) auf diese Spezialabreden ist schon unter § 3 II, S. 15 ff. eingegangen worden.

Leistungsobjektes, der Wärme, ergeben. Es liegen also keine Spezialabreden vor, sondern notwendigerweise gegebene Modifikationen⁴² des Kaufvertrages.

b. Bedeutung der ‚Spezialabreden‘ im Zusammenhang mit dem Wärmelieferungsvertrag: Vorangestellt sei hier auch die Bemerkung, dass — obschon wir im Folgenden von gewissen Spezialabreden sagen, dass sie für den Wärmelieferungsvertrag zutreffen — diese Spezialtatbestände von der Literatur nicht in Bezug auf die Wärmelieferung, sondern in erster Linie in Bezug auf die Lieferung körperlicher Sachen herausgearbeitet worden sind. Wenn nachfolgend das Vorliegen einer solchen Spezialabrede beim Wärmelieferungsvertrag bejaht wird, so kann das deshalb nicht heissen, dass alles, was bei Vorliegen dieser Spezialabrede üblicherweise gilt, auch für den Wärmelieferungsvertrag Geltung habe. Der Sinn kann vielmehr nur der sein: Gewisse Gedanken, die an Hand dieser Spezialabreden entwickelt worden sind, sind vielleicht auch geeignet, allfällige im Zusammenhang mit Wärmelieferungsverträgen auftretende Fragen einer vernünftigen und der speziellen Natur der Wärme gerecht werden- den Lösung zuzuführen.

2. Einzelne Spezialtatbestände:

a. Dauerverhältnis: Typisch für die Dauerschuldverhältnisse ist, dass sie nicht durch Erfüllung untergehen⁴³. Der normale Endigungsgrund ist vielmehr Zeitablauf⁴⁴. Nachdem wir unter II dieses Paragraphen das Vorliegen eines Vorvertrages verneint haben und also das ganze Verhältnis als einheitliches Schuldverhältnis betrachten, ergibt es sich von selbst, dass wir es mit einem Dauerschuldverhältnis zu tun haben: normalerweise endet der Wärmelieferungsvertrag durch Zeitablauf; eine Erfüllung in dem Sinne, dass dadurch der Vertrag beendet würde, gibt es nicht.

Nun ist allerdings der Kaufvertrag, worunter wir den Wärmelieferungsvertrag subsumiert haben, das Beispiel⁴⁵ für ein Nichtdauer-schuldverhältnis. Es drängt sich deshalb die Frage auf, ob es unter diesen Umständen angeht, den Wärmelieferungsvertrag als Dauerschuldverhältnis und zugleich als Kaufvertrag zu bezeichnen. Das lässt sich meines

42) BGE 53 II 237 f. sagt vom Elektrizitätslieferungsvertrag, dass er „innerhalb des Rahmens des Kaufvertrages ein negotium suae speciei“ ist. Mit Fug lässt sich das auch vom Wärmelieferungsvertrag sagen.

43) Gierke, Schuldverhältnisse, S. 367: „Das dauernde Schuldverhältnis ist auf dauernde Erfüllung angelegt und erlischt darum nicht durch Erfüllung.“

44) Gierke, Schuldverhältnisse, S. 359.

45) von Tuhr/Sieglwart, II, S. 482/483: „Im Gegensatz zu den Dauerverhältnissen bezwecken andere Schuldverhältnisse (insbesondere Kauf und Werkvertrag) einen Austausch von Werten, der normalerweise durch einmalige und in einem Moment erfolgende Leistungen stattfindet.“

Erachtens so beantworten: das Dauermoment im Wärmelieferungsvertrag wird in praxi zwar immer vorhanden sein (es ergibt sich das vor allem aus der teuren Anlage); doch ist es nicht unbedingtes Wesensmerkmal⁴⁶. Auch wenn das Dauermoment fehlen würde, oder doch so gering wäre, dass von einem Dauerschuldverhältnis nicht mehr die Rede sein könnte, würde noch immer ein Wärmelieferungsvertrag — und damit ein Kaufvertrag — vorliegen.

b. Lieferungskauf im weitesten Sinne: Der Natur des zu liefernden Gutes wegen und wegen der Anlagen, die die Lieferung der Wärme erfordert, ist der Wärmelieferungsvertrag immer ein Lieferungskauf im weitesten Sinne, d. h. ein Kaufvertrag, bei dem sich der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Ware in einem späteren Zeitpunkte als dem des Vertragsabschlusses zu überlassen.

c. Sukzessivlieferungskauf im weitem Sinne: Ebenfalls aus der Natur des zu liefernden Gutes ergibt sich des weitern, dass der Wärmelieferungsvertrag immer ein Lieferungskauf ist, bei dem sich die nachträgliche Leistung des Verkäufers über mehrere, zeitlich getrennte, Erfüllungshandlungen erstreckt. Das ist besonders deutlich, wenn man an die verschiedenen Heizperioden innerhalb der ganzen Vertragsdauer denkt. Innerhalb der einzelnen Heizperiode wird allerdings die zeitliche Getrenntheit der Erfüllungshandlungen problematisch, weil der Wärmelieferant eben immer wieder oder sogar dauernd Wärme liefern muss, wenn der Empfänger in seinen Räumen die gewünschte Temperatur dauernd haben will. — Sicher ist aber soviel, negativ ausgedrückt, dass der Wärmelieferungsvertrag nicht durch eine einmalige spätere Erfüllungshandlung von Seiten des Wärmelieferanten wie auch von Seiten des Wärmempfängers erfüllt ist (es handelt sich also sicher nicht um einen einfachen Lieferungskauf in dem in § 3⁴⁷ genannten Sinne).

d. Bezugsvertrag: Weder der Umfang der ganzen Vertragsleistung des Wärmelieferanten, noch des Wärmeempfängers sind bei Vertragsabschluss bestimmt. Es kann zwar ungefähr berechnet werden, wie gross die benötigte Wärmemenge sein wird (und damit, wie gross das Entgelt dafür ist); genau jedoch ist die verbrauchte Wärmemenge erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses festzustellen; ja, bei Pauschalverrechnung kann überhaupt nie genau gesagt werden, wie gross der Wärmeverbrauch des einzelnen Beteiligten, des einzelnen Wärmeempfängers, war. Diese Unbestimmtheit ist auch vorhanden, wenn die Dauer des ganzen Vertrages fest bestimmt sein sollte, denn es wird wohl kaum je ein Wärmelieferungsvertrag vorkommen, der nicht auch ein Bedarfsvertrag ist.

e. Bedarfsvertrag: Ein Bedarfsvertrag in dem Sinne, dass der Wärme-

46) nähme man auf die wirtschaftlich-finanzielle Seite des Verhältnisses keine Rücksicht, so liessen sich schon Fälle konstruieren, wo das Dauermoment so eingeschränkt würde, dass nicht mehr von einem Dauerverhältnis gesprochen werden könnte; und trotzdem würde noch ein Wärmelieferungsvertrag vorliegen.

47) siehe vorn, S. 20.

empfänger verpflichtet ist, seinen ganzen Bedarf an Wärme zu Heizzwecken beim Wärmelieferanten zu beziehen, ist der Wärmelieferungsvertrag nur, wenn das ausdrücklich von den Parteien abgemacht worden ist⁴⁸ (die Bedarfsklausel ist also eine eigentliche Spezialabrede). Ist darüber nichts gesagt, so ist der Wärmeempfänger zu diesem ausschliesslichen Bezug nicht verpflichtet. Vernünftig betrachtet ist es allerdings immer so, dass ein Wärmeempfänger seinen ganzen Bedarf bei ein und demselben Wärmelieferanten bezieht^{48a}.

Wenn wir weiter vorne⁴⁹ dieser Abmachung über die Deckung des ganzen Bedarfes an Wärme eine gewisse Bedeutung beigemessen haben, so hat das seine Berechtigung, weil dem Wärmeempfänger daraus eine weitergehende Pflicht erwächst, als wenn darüber nichts gesagt ist, eine Pflicht, deren Verletzung gewisse Folgen nach sich ziehen kann⁵⁰.

f. Unechter Bedarfsvertrag: Sowohl dort, wo die Heizkosten pauschal verrechnet werden als auch dort, wo nur eine Grundgebühr vom Wärmeempfänger fest geschuldet wird, besteht auf jeden Fall eine Zahlungspflicht des Wärmeempfängers. Diese Minimalzahlungspflicht ist nicht eine Minimalabnahmepflicht des Käufers, denn er hat die Grundgebühr oder seinen Anteil an den gesamten Heizkosten zu zahlen, auch wenn er gar keine Wärme bezogen hat. Der Effekt dieser minimalen Zahlungspflicht ist jedoch derselbe wie der einer minimalen Abnahmepflicht: es entsteht schon mit Vertragsabschluss eine positive Leistungspflicht auch auf Seiten des Käufers. Wir können deshalb mit Fug den Wärmelieferungsvertrag als unechten Bedarfsvertrag bezeichnen.

g. Kauf auf Abruf: Wenn man zudem im Öffnen der Zuleitung durch den Wärmeempfänger einen Abruf sehen will, so stellt sich der Wärmelieferungsvertrag auch als Kauf auf Abruf dar. Doch scheint mir diese Konstruktion zu gesucht, als dass es sich lohnen würde, näher darauf einzugehen.

h. Abonnementcharakter: Ein Vertrag mit Abonnementcharakter ist der Wärmelieferungsvertrag dagegen nicht, weil in keinem Falle „ein Kauf mit periodischen Leistungen zu einem Gesamtpreis“⁵¹ vorliegt. Auch bei der Pauschalverrechnung liegt ein fester Gesamtpreis nicht vor.

48) Es liesse sich immerhin denken, dass ein Hauseigentümer in seinem Haus noch eine eigene zentrale Feuerstelle besitzt oder sogar, dass er an zwei Fernheiznetze angeschlossen wäre. Hätte er dann mit keinem der Lieferanten abgemacht, seinen ganzen Bedarf bei ihm und nur bei ihm zu decken, so könnte er doch nach Belieben bald von diesem und bald von jenem Lieferanten Wärme beziehen. Dass das nur Denkmöglichkeiten sind, braucht nicht betont zu werden.

48a) In der Regel werden auch nicht elektrische Öfen verwendet werden, weil ihr Betrieb zu teuer ist.

49) siehe § 4 II B, S. 32.

50) siehe dazu § 8 III B, S. 74/75.

51) wie Oser/Schönenberger, N 22 zu Art. 184 OR den Kauf mit Abonnementklausel umschreibt; vgl. auch Bühlmann, S. 62.

3. Anhang:

Anhangsweise sei noch darauf hingewiesen, dass sich viele Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Subsumtion des Wärmelieferungsvertrages beseitigen lassen, wenn man daran denkt, dass es auch möglich wäre, dass die Parteien abmachen würden, eine bestimmte Menge Wärme sei während einer bestimmten Zeit zu liefern. Technisch wäre das durchaus denkbar; nur wäre der Effekt nicht der gewünschte, weil, wegen der verschiedenen Aussentemperaturen, die zu heizenden Räume dann das eine Mal zu heiss und das andere Mal zu kalt wären. Die grosse Unbestimmtheit, die vielleicht Anlass geben könnte, den Wärmelieferungsvertrag nicht als einheitlichen Kaufvertrag anzusehen, würde dann weitgehend dahinfallen; es würde nur die besondere Natur des Kaufgegenstandes übrig bleiben, was aber, nach schweizerischem Recht, der Annahme eines Kaufvertrages nicht hindernd entgegenstehen kann.

§ 8. Wärmelieferungsvertrag in praktischer Betrachtung¹

I. Vorbemerkungen

A. Bisher Erreichtes:

1. Wir haben zu zeigen versucht², dass der Wärmelieferungsvertrag ein Kaufvertrag im Sinne von OR Art. 184 ist. Es ist selbstverständlich, darüber brauchen keine weitem Worte verloren zu werden, dass es sich nur um einen Fahrniskauf handeln kann, weil die Wärme weder eine Liegenschaft noch ein ins Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht ist (vgl. OR Art. 187).

2. Wir haben des weitem festgestellt³, dass das Objekt der Leistung des Wärmelieferanten, die Wärme, etwas von den körperlichen beweglichen Sachen durchaus Verschiedenes ist, und dass deshalb die Rechtsordnung den Wärmelieferungsvertrag nur insofern und soweit erfassen will, als die Wirtschaft mit Hilfe der Technik von der Wärme als Vertragsgegenstand, als Gegenstand eines Kaufvertrages, auch tatsächlich Gebrauch machen kann. Das heisst mit andern Worten: wegen der speziellen Natur der Wärme können niemals alle Regeln über den

1) Um den juristischen Apparat zu diesem Paragraphen, der ja nur die praktische Bedeutung des bisher Gefundenen demonstrieren soll, nicht übermässig aufzubähen, soll hier eingangs auf diejenigen Arbeiten verwiesen sein, die über die hier angeschnittenen Probleme nähere Auskunft (allerdings nicht im Zusammenhang mit dem Wärmelieferungsvertrag) erteilen können: *Hammer*, v. a. S. 40 ff.; *Stricker*, v. a. S. 65 ff.; *Honegger*, v. a. S. 40 ff.; *Vetsch*, S. 29 ff.; *Alcalay*, S. 59 ff.; *Gekeler*, v. a. S. 36 ff.; *Hesse*, S. 8 ff.

2) vgl. vorn, § 7, v. a. S. 59 ff.

3) siehe vorn, § 5 I B, S. 41 ff.

Fahrniskauf auch auf den Wärmelieferungsvertrag Anwendung finden (wie zum Beispiel eine Rechtsgewährleistung des Lieferanten praktisch von Bedeutung werden könnte, ist — obschon wir weiter vorne gesagt haben, dass eine solche Herrschaft über die Wärme, wie sie tatsächlich möglich ist, als Eigentum bezeichnet werden muss — schlechthin unvorstellbar).

B. Praktischer Wert des Gefundenen:

Zweifellos werden die Verträge über Lieferung von Wärme vielfach alle jene Punkte des Verhältnisses, die zu Streitigkeiten Anlass geben könnten, selber regeln. Das wird vor allem in grössern Verhältnissen regelmässig der Fall sein. Wenn eine solche Regelung schon allgemein bei vertraglichen Abmachungen wünschenswert ist, so ist sie es beim Wärmelieferungsvertrag noch weit mehr, weil bis anhin die Gerichte wenig oder überhaupt keine Gelegenheit hatten, sich mit diesen speziellen Fragen auseinanderzusetzen; es kann deshalb nicht mit der wünschenswerten Sicherheit vorausgesehen werden, welches im Streitfalle die Ansicht des urteilenden Gerichtes sein wird, umsoweniger, als das Gesetz eine Regelung der Sukzessivlieferungsverträge, die Anhaltspunkte ergeben könnte, nicht enthält.

Nicht immer jedoch sind alle Fragen von den Parteien abgeklärt worden; es ist deshalb wohl möglich, dass aus dem Wärmelieferungsverhältnis Streitfragen entstehen. Der praktische Wert unserer bisherigen Ausführungen muss sich deshalb daran erweisen, dass Streitfragen, die im Zusammenhang mit dem Wärmelieferungsvertrag entstehen, aus dem bisher Gefundenen heraus beantwortet werden können⁴. Exakter ausgedrückt heisst das: solche Fragen müssen nach Kaufrecht beantwortet, und zwar befriedigend beantwortet werden können⁵.

4) Es wäre meines Erachtens verfehlt, den umgekehrten Weg einzuschlagen und von den Normen des Kaufrechts ausgehen zu wollen; wir wollen ja nicht den Wärmelieferungsvertrag unter die Kaufsnormen zwingen, sondern nur sehen, ob sich allfällige Streitfragen nach Kaufrecht befriedigend lösen lassen; vgl. in diesem Sinne auch *Bühlmann*, S. 55, für die Elektrizitätslieferungsverträge.

5) Im Folgenden sollen zu diesem Thema einige Gedanken entwickelt werden. Es ist uns dabei bewusst, dass es nur einige Gedanken sind. Es wäre interessant, diese für das praktische Leben wichtigsten Fragen sehr ausführlich zu behandeln. Das Thema der ganzen Arbeit lautet jedoch nicht: Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit dem Wärmelieferungsvertrag, sondern: Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit Fernheizwerken. Nachdem deshalb die Grundlagen für die folgenden Gedankengänge gegeben sind, soll es Hauptanliegen sein, zur Betrachtung des zweiten Teiles dieser Arbeit zu kommen.

II. Die beschränkten Möglichkeiten beim Wärmelieferungsvertrag

A. Mögliche Streitursachen:

Wenn wir uns fragen, was der Anlass zu Streitigkeiten bei Wärmelieferungsverhältnissen sein kann, so sind es vor allem zwei Tatsachengruppen, die auseinandergehalten werden müssen: Vertragsverletzung von Seiten des Lieferanten einerseits und Vertragsverletzung von Seiten des Empfängers der Wärme andererseits.

Rechtliche Erwägungen über die Fragen, die sich daraus ergeben, werden unter III und IV dieses Paragraphen folgen. Hier sollen zunächst (unter A) die möglichen Streitursachen tatbeständlich festgehalten werden. Unter B sollen die im Hinblick auf die spezielle Natur der Wärme möglichen, vorstellbaren Folgen der Vertragsverletzungen betrachtet werden.

1. Vertragsverletzung durch den Lieferanten:

Tatbeständlich stellt sich eine solche Vertragsverletzung so dar, dass der Lieferant während einer gewissen Zeit keine oder zu wenig Wärme liefert. Als Grund für diese mangelhafte Erfüllung des Vertrages durch den Lieferanten kann Verschiedenes in Betracht kommen: etwa ein trotz aller Sorgfalt eingetretener Defekt an der Feuerungsanlage oder am Zuleitungsnetz; ein bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt vermeidbarer solcher Defekt; eine Nachlässigkeit des Lieferanten in dem Sinne, dass er zu wenig Brennmaterial eingekauft hat; Mangel an Brennmaterialien, den der Lieferant nicht verhindern konnte.

2. Vertragsverletzung durch den Empfänger:

Diese Vertragsverletzung besteht in erster Linie darin, dass der Empfänger der Wärme seiner Zahlungspflicht nicht rechtzeitig nachkommt. Diese Nichtbezahlung kann zurückzuführen sein auf Geldmangel oder aber auf den Willen des Empfängers, aus irgend einem Grunde nicht zu zahlen.

In jenen Fällen, wo eine Pflicht zur Deckung des ganzen Bedarfes an Heizwärme beim Lieferanten vertraglich festgelegt ist, kann zudem die Vertragsverletzung darin bestehen, dass der Empfänger nicht seinen ganzen Bedarf an Heizwärme beim Lieferanten deckt. Der Grund dafür kann etwa sein, dass der Empfänger glaubt, dass es finanziell günstiger sei, wenn er z. B. mit elektrischen Kleinöfen heize.

B. Mögliche Folgen der Vertragsverletzungen

1. Gegenüber dem verletzenden Vertragsteil.

a. Negative Bemerkungen: Eine Vertragsverletzung, sei es durch den Wärmeempfänger, sei es durch den Wärmelieferanten, kann auf den zur Zeit der Vertragsverletzung bereits abgewickelten Teil des Vertrages⁶ in dem Sinne keine Wirkung⁷ haben, als eine Rückgabe des schon Geleisteten nicht verlangt werden kann. Dass dem so ist, geht aus der konsumtibeln Natur der Wärme hervor. Eine Ausnahme vom eben Gesagten macht höchstens, das wird unter IV dieses Paragraphen⁸ noch näher zu betrachten sein, der Fall, wo das Entgelt für die Wärme in einem Zweigliedtarif⁹ besteht und der Wärmeempfänger in der Regel die Grundgebühr für eine gewisse Zeit im voraus zahlen muss.

Bei nicht vertragsgemässer Erfüllung durch den Wärmelieferanten kann eine nachträgliche Erfüllung nicht in Frage kommen. Wenn auch eine solche technisch im Bereiche der Möglichkeiten liegen würde, so fällt sie trotzdem ausser Betracht, denn es ist leicht einzusehen, dass dem Wärmeempfänger gar nicht geholfen ist, wenn der Wärmelieferant, nachdem er einige Zeit die Lieferung von Wärme eingestellt hatte, nachher eine entsprechende Zeit lang eine doppelte Menge Wärme liefern würde, d. h. einen Wärmeträger von solcher Temperatur schicken würde, dass er in der Lage wäre, die angeschlossenen Räume statt auf 20° wie normal, auf 40° zu erwärmen.

b. Positiv mögliche Folgen: Bei ihnen ist vor allem die Unterscheidung zu machen zwischen Vertragsverletzungen, die nur Wirkung haben für den verletzten Teil des Vertrages (für die einmalige Nichtlieferungsperiode; für die einmalige Nichtzahlung) und Vertragsverletzungen, deren Wirkungen sich auf den ganzen zur Zeit der Vertragsverletzung noch nicht abgewickelten Teil des Vertrages erstrecken (worummer alles zu verstehen ist, was nicht durch vertragsgemässe Lieferung von Wärme einerseits und vertragsgemässe Zahlung anderseits bereits in der Vergangenheit abgewickelt worden ist)¹⁰.

6) vgl. *Hammer*, S. 25.

7) von *Tuhr/Siegwart* II, S. 602: „Der Rücktritt bezieht sich in der Regel nur auf die rückständige und auf die noch nicht fälligen Raten und lässt den bereits erfüllten Teil des Vertrages unberührt.“; Auch *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 207, bejaht das Rücktrittsrecht, soweit ein solcher Vertrag noch nicht erfüllt ist; vgl. auch *Hürlimann*, S. 49/50.

8) siehe hinten, S. 76.

9) siehe vorn, § 4 II B, S. 32.

10) genauere Betrachtung unter den beiden nächsten Ziffern, III und IV, dieses Paragraphen.

2. Beim vertragstreuen Teil.

a. Ist der vertragstreue Teil der Wärmelieferant, so sind folgende Fälle in Bezug auf die Folgen der Vertragsverletzung beim Lieferanten auseinanderzuhalten:

— Der Empfänger kommt nachträglich seiner Zahlungspflicht für die fragliche Zeit der Wärmebelieferung nach, d. h. er zahlt die erhaltene Wärme, aber später als abgemacht. Durch die verspätete Zahlung erleidet der Lieferant einen Schaden in dem Sinne, als er das Geld seit dem Tage, an dem der Empfänger hätte zahlen sollen, nicht anderweitig nutzbringend verwenden konnte.

— Die Vertragsverletzung durch den Empfänger ist so bedeutend, dass sie auch Wirkung hat auf den noch nicht abgewickelten Teil des Vertrages¹¹. Der Schaden, d. h. die Verminderung des Vermögens¹², die der Lieferant in diesem Falle erleidet, kann sich darstellen als das Interesse des Lieferanten an der richtigen Erfüllung¹³ — worunter der Verlust des zukünftigen Gewinnes aus der Wärmelieferung verstanden werden muss — oder aber als das negative Interesse, d. h. als die Verminderung des Vermögens, die der Lieferant „nicht erlitten hätte, wenn der Abschluss des Vertrages unterblieben wäre“¹⁴. Unter diesem letzteren Fall ist dann etwa zu verstehen: Kosten des Vertragsabschlusses (v. a. die ganzen Anschlusskosten, die bei ungestörter Abwicklung des Vertrages wahrscheinlich auf beide Parteien verteilt waren); Abschreibungskosten an den Anlagen des Lieferanten (sofern diese Kosten nicht schon durch den bereits abgewickelten Teil des Vertrages gedeckt sind); ein angemessener Teil der Zinskosten, die aus dem zeitlichen Gebundensein des Anlagevermögens des Lieferanten entstehen.

— Besteht die Vertragsverletzung im Nichtbezug¹⁵ von Wärme durch den Empfänger, so stellt sich der Schaden für den Lieferanten als eine Verringerung des Gewinnes aus der Wärmelieferung dar.

b. Ist der vertragstreue Teil der Wärmee mp f ä n g e r, so ist ebenfalls zu unterscheiden zwischen Vertragsverletzungen, die nur für den verletzten Teil des Vertrages Wirkung haben und solchen, die für den noch nicht abgewickelten Teil des Vertrages Wirkungen nach sich ziehen. — Im ersteren Falle wird all das als Schaden des Empfängers betrachtet werden müssen, das kausal mit der Nichtheizung zusammenhängt (Frostschäden, Krankheiten, Feuchtigkeitsschäden, u. a. m.); ein Schaden kann es auch sein, dass der Empfänger in grössern Verhältnissen¹⁶ die vor

11) genauer ausgeführt unter III A (erster Fall) dieses Paragraphen, S. 70 ff.

12) von Tuhr/Siegwart I, S. 76: „Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen des Geschädigten und dem Bestand, den sein Vermögen hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.“

13) von Tuhr/Siegwart I, S. 78: positives oder Erfüllungsinteresse.

14) siehe Anm. 13.

15) siehe unter II A dieses Paragraphen, S. 67 unten.

16) siehe Anm. 9 zu diesem Paragraphen.

Empfang der Wärme zu bezahlende Grundgebühr entrichtet hat (weil angenommen werden darf, dass diese nur für die Zeit zu zahlen ist, während welcher auch tatsächlich Wärme bezogen werden könnte); in kleinern Verhältnissen¹⁷ ist, wenn ein einzelner Empfänger während einer gewissen Zeit nicht beliefert wurde, der Pauschalanteil dieses einen zu gross; als Schaden des Empfängers stellt sich auch dar, wenn eine Ersatzheizung eingerichtet werden musste.

— Ist die Vertragsverletzung durch den Lieferanten so bedeutend¹⁸, dass sie weitergehende Folgen nach sich zieht, als bloss in Bezug auf die effektive Verletzung, so kann auch hier der Schaden im positiven oder im negativen Interesse liegen. Beim positiven Interesse bilden den Schaden diejenigen Ausgaben des Empfängers, die er für die Einrichtung und den Betrieb einer Ersatzheizung hat machen müssen, soweit sie die Kosten für die Fernbeheizung übersteigen (mit andern Worten: der Empfänger soll, auch wenn er seine Wärme anderswoher beziehen muss, so gestellt sein, wie wenn er von der Fernheizung beliefert würde). Beim negativen Interesse besteht der Schaden v. a. darin, dass der Empfänger im Hinblick auf die ordnungsgemässe Durchführung des Vertrages bedeutende Auslagen gehabt hat (v. a. auch der Teil der Anschlusskosten, der vom Empfänger hat erbracht werden müssen).

III. Vertragsverletzung durch den Wärmeempfänger

A. Nichtbezahlung:

Die Vertragsverletzung durch den Wärmeempfänger wird, wie wir schon vorhin gesagt haben, vor allem darin bestehen, dass er seiner Zahlungspflicht nicht nachkommt. Was für Rechtsbehelfe stehen dem vertragstreuen Teil, dem Wärmelieferanten, bei einer solchen Sachlage offen? Um diese Frage zu beantworten, ist meines Erachtens von ganz konkreten Tatbeständen auszugehen:

1. Fall: In kleinern Verhältnissen, wo der Preis als Pauschalanteil an den gesamten Heizkosten auf die einzelnen Wärmeempfänger verteilt wird, bezahlt einer der Empfänger seinen Anteil für eine Heizperiode nicht¹⁹. Bis anhin sind sowohl Lieferant als auch Empfänger ihren Verpflichtungen nachgekommen, d. h. der Lieferant hat jeweilen während einer Heizperiode genügend Wärme geliefert, und der Empfänger hat

17) siehe vorn, § 4 II B, S. 32/33.

18) siehe hinten, IV C dieses Paragraphen, S. 77 unten.

19) Für diesen Fall wird in den Verträgen oft eine Klausel aufgenommen, die folgendermassen lautet: „Wird ein Kostenanteil nicht rechtzeitig bezahlt oder (im Bestreitungsfall) gerichtlich hinterlegt, so ist der zahlungssäumige Eigentümer (gemeint ist der Wärmeempfänger) für die Dauer des Verzuges nicht berechtigt, die Fernheizung mitzubennützen.“

nach Ablauf dieser Zeit seinen Anteil bezahlt. Für die letzte Heizperiode, während welcher der Lieferant wiederum ordnungsgemäss Wärme geliefert hat, bezahlt der Empfänger aber, wie gesagt, seinen Anteil nicht.

Angenommen, der Empfänger befinde sich mit seiner Zahlung in Verzug (sei es, weil ihn der Lieferant bei Fälligkeit der Verbindlichkeit gemahnt hat im Sinne von OR Art. 102 Abs. 1 oder sei es, dass ein bestimmter Verfalltag im Sinne von OR Art. 102 Abs. 2 abgemacht und ungenutzt, will heissen ohne Zahlung von Seiten des Empfängers, verstrichen ist), so hat der Lieferant dem Wärmeempfänger eine Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen (OR Art. 107 Abs. 1), wenn nicht etwa aus dem Verhalten des Empfängers (Schuldners) hervorgeht, dass sich diese Fristansetzung als unnütz erweisen würde (OR Art. 108 Ziff. 1)²⁰. — Zahlt der Empfänger innerhalb der angesetzten Frist, so wird der Fall erledigt sein und das Wärmelieferungsverhältnis weiter bestehen. Zahlt er aber nicht innert Frist, so sind verschiedene Möglichkeiten auseinander zu halten:

1) Der Lieferant kann immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen (OR Art. 107 Abs. 2). Dieser Fall wird der in praxi wohl aktuellste sein, weil doch vor allem der Lieferant, wegen der Rentabilität seiner grossen Anlagen, auf eine Fortsetzung des Wärmelieferungsverhältnisses tendieren wird.

2) Problematischer aber sind die andern Möglichkeiten, die OR Art. 107 Abs. 2 an Stelle des unter 1) Gesagten dem Gläubiger eröffnet: Verzicht auf die nachträgliche Leistung und Ersatz des positiven Interesses oder Rücktritt vom Vertrag und Ersatz des negativen Interesses (OR Art. 109 Abs. 2).

Um zu einem vernünftigen Ergebnis zu gelangen, ist auszugehen von dem, was dem Lieferanten vielleicht in einer solchen Sachlage, wie wir sie eingangs beschrieben haben, dienen könnte. So betrachtet, drängt es sich auf, dem Lieferanten zuzugestehen, dass er nicht verpflichtet sein soll, weiter Wärme zu liefern, solange der Empfänger nicht bezahlt hat. Dieser Effekt kann auf zwei Arten erreicht werden:

a. Indem dem Lieferanten zugestanden wird, das positive Vertragsinteresse, berechnet nach der Differenztheorie²¹, für den noch nicht abgewickelten Teil des Vertrages zu verlangen. Formuliert für unsern ersten Fall heisst das: der Lieferant liefert dem säumigen Empfänger für die Zukunft keine Wärme, erspart sich damit gewisse Auslagen (v. a. wird sein Verbrauch an Brennmaterial geringer sein), will aber

20) Die zwei andern Fälle von OR Art. 108 kommen nicht in Frage, denn es handelt sich weder um ein Fixgeschäft (Art. 108 Ziff. 3), noch wird die Leistung infolge des Verzuges des Schuldners für den Lieferanten nutzlos geworden sein (Ziff. 2 des genannten Artikels).

21) von Lemp, S. 44/45 ff., wird auf den Streit über die Anwendbarkeit dieser Theorie in der Literatur hingewiesen. Lemp selber spricht sich (auf S. 58) für sie aus und heute dürfte sie allgemein anerkannt sein.

trotzdem so gestellt sein, wie wenn der Vertrag erfüllt würde. Der Empfänger hat dem Lieferanten deshalb für die restliche Vertragsdauer den im Durchschnitt errechenbaren Heizkostenanteil zu zahlen minus die Einsparungen, die der Lieferant durch die Nichtbelieferung macht.

b. Dass der Lieferant nicht weiter Wärme zu liefern hat, das kann auch erreicht werden, indem ihm ein Rücktrittsrecht²² in Bezug auf den zur Zeit der Vertragsverletzung noch nicht abgewickelten Teil des Vertrages zugestanden wird. Der Lieferant kann dann Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schadens verlangen (negatives Interesse), worunter die vorne²³ genannten Faktoren fallen (gesamte Anschlusskosten, Abschreibungskosten, Zinskosten).

Bei beiden genannten Lösungen, die praktisch durchaus einleuchtend erscheinen, gibt aber rechtlich die Tatsache zu Bedenken²⁴ Anlass, dass die Nichtbezahlung einer einzigen Teilzahlung durch den Empfänger auch für die Zukunft Wirkung haben soll; Wirkungen, wie wenn der Empfänger schon mit allen zukünftigen Leistungen im Verzuge wäre. Diese zukünftigen Leistungen sind aber im Moment noch gar nicht fällig²⁵; also liegt für sie auch kein Verzug²⁶ vor, und somit können für sie keine Verzugsfolgen²⁷ gegeben sein. Diese Überlegung ist einfach, und sicherlich ist richtig, dass sie gegen eine solche Ausdehnung der Wirkungen einer Vertragsverletzung spricht. Es ist jedoch zu bedenken, dass erstens im Gesetz eine ausdrückliche Regelung solcher Verhältnisse, wie sie beim Wärmelieferungsvertrag vorliegen, nicht enthalten²⁸ ist, und dass zweitens dem Lieferanten der Wärme, als dem vertragstreuen Teil, wirksam geholfen werden muss. Die Entscheidung, ob die vorhin genannten Lösungen zulässig sind oder nicht, d. h. ob die Wirkungen einer Vertragsverletzung auch auf den noch nicht abgewickelten Teil des

22) vgl. dazu BGE 52 II 137 und 45 II 61.

23) S. 69.

24) Müller, Sukzessivlieferungsvertrag, S. 512: „Konflikte der Rechtsfolgen aus der Einheit des Vertrags mit den Rechtsfolgen aus der Selbständigkeit der einzelnen Raten sind unausbleiblich.“

Gekeler, S. 14: „Ein Streit besteht eigentlich nur über die Bedeutung der Selbständigkeit der einzelnen Raten gegenüber der Gesamtleistung, und zwar über die Voraussetzungen, unter welchen Schuldnerverzug mit einer Rate Wirkung auf den noch nicht erfüllten Teil des Vertrages äussern kann.“

25) Hürlimann, S. 49: „Es ist daran festzuhalten, dass Voraussetzung des Verzuges die Fälligkeit der Leistung ist; die erst in Zukunft zu liefernden Raten sind aber noch nicht fällig.“

26) vgl. von Tuhr/Siegwart II, S. 600/601, der für den Verzug beim Sukzessivlieferungsvertrag sagt: „Da jede Rate ihren eigenen Fälligkeitstermin hat, ist der Schuldner bei Rückständigkeit einer Rate mit den späteren Raten nicht im Verzug.“

27) von Tuhr/Siegwart II, S. 601, sagt für den Sukzessivlieferungsvertrag: „Daher kann der Gläubiger grundsätzlich die Rente aus Art. 107 nur bezüglich der rückständigen Rate ausüben und muss abwarten, ...“.

28) von Tuhr/Siegwart II, S. 601.

Vertrages ausgedehnt werden können²⁹, beruht deshalb auf einer Interessenabwägung: ist die Vertragsverletzung durch den Empfänger eine so bedeutende, dass wegen ihr dem vertragstreuen Teil nicht mehr zugemutet werden kann, am Verträge festzuhalten, so sind dem Lieferanten die beiden genannten Möglichkeiten zu eröffnen. Das Kriterium für die Unzumutbarkeit ist dasselbe, wie allgemein für die Sukzessivlieferungsverträge³⁰: die Vertragsverletzung in Bezug auf die eine Teilzahlung ist nicht nur eine Verletzung der Forderung bezüglich der fälligen Leistung, sondern zugleich eine Gefährdung^{31, 32} des Lieferanten³³ in Bezug auf die weitere Durchführung des Vertrages. „Soweit ein Schutz gegen solche Gefährdung in unserm Rechtsleben als Bedürfnis empfunden wird, muss man diesen Schutz in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften dadurch herstellen, dass man Bestimmungen, die von der Rechtsverletzung handeln, entsprechend auf die Rechtsgefährdung anwendet³⁴.“

29) *Happold*, S. 97/98, betont, dass in jedem Einzelfalle zu entscheiden sei, „ob die Vertragsverletzung eine Lossagung vom ganzen Verträge oder nur die Verletzung einer einzelnen Vertragspflicht bildet, die nur dazu berechtigt, Ersatzansprüche zu erheben, nicht aber den ganzen Vertrag als aufgehoben zu behandeln.“

30) das Folgende ist, ein wenig unserm Falle angepasst, von *Tuhr/Siegwart II*, S. 601, entnommen.

Hürlimann, S. 28, sagt so: „Wegfall des Interesses an der Erfüllung‘ ist gleichbedeutend wie ‚erhebliche Vertragsgefährdung‘. In einem solchen Fall kann dem vertragstreuen Teil die Fortsetzung des Vertrages bei billiger und objektiver Beurteilung der Sachlage nicht zugemutet werden.“

31) *Froehlich*, S. 41, spricht von einer Gefährdung des Vertragszweckes; *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 210, nennt es „Gefährdung und Verletzung des ganzen Schuldverhältnisses“ und sagt, dass sie vorliege, wenn der Gläubiger „das Interesse an der Erfüllung der übrigen Verpflichtungen verliert oder ihm die Annahme nicht mehr zugemutet werden kann.“ Gleich wie *Lehmann* auch *Leonhard*, S. 10: „Daher dürfen die Folgen eines Verzuges mit der einen Rate auf die späteren Lieferungen nur dann ausgedehnt werden, wenn der Gläubiger nun kein Interesse mehr am Verträge hat.“

Auch *Müller*, Sukzessivlieferungsvertrag, S. 517, spricht vom Interesse des nichtsäumigen Teils; vgl. jedoch kritisch zur Ansicht *Müllers*: *Hürlimann*, S. 47.

Für das schweizerische Recht ist es üblicher, von der Gefährdung des ganzen Vertragszweckes zu sprechen, so *Hürlimann*, S. 42; *Oser/Schönenberger*, N 39 zu Art. 107 OR; *Lemp*, S. 63 und die dort unter Anm. 3 zitierte Literatur und Judikatur.

32) *BLZR* Bd. 40 Nr. 114, S. 294: „Jede ernstliche Vertragsgefährdung ist Vertragsverletzung. Dazu gehört auch die Zerstörung des Vertrauens des Gegners.“

33) siehe Anm. 31; auch *Hueck*, S. 188, und *Jacobi*, S. 239 und 244, machen die Zulässigkeit solch weitgehender Folgen davon abhängig, ob der vertragstreue Teil noch ein Interesse hat an den weiteren Lieferungen.

34) von *Tuhr/Siegwart II*, S. 601; vgl. auch *Guhl*, S. 245: „Unmöglichkeit der Erfüllung mit Bezug auf eine Teilleistung, Verzug des Verkäufers oder Mangelhaftigkeit einer Teillieferung wirken grundsätzlich nur für diese Teilleistung; doch kann sich daraus eine Gefährdung oder Vereitelung der Vertragserfüllung überhaupt ergeben, so dass dem Käufer ausnahmsweise die Möglichkeit gewährt werden muss, vom Sukzessivlieferungskauf als einheitlichem Schuldverhältnis zu-

In unserm Falle scheint mir diese Unzumutbarkeit gegeben, denn eine Heizperiode dauert etwa 6-7 Monate. Der Lieferant hat also ca. ein halbes Jahr lang Wärme geliefert, ohne eine Bezahlung dafür zu erhalten; es ist ihm deshalb kaum zuzumuten, dass er in der folgenden Heizperiode wiederum Wärme liefern muss, bevor noch das Entgelt für die letzte Periode bezahlt ist.

2. Fall: In grösseren Verhältnissen zahlt der Empfänger den Preis für die gelieferte Wärme nicht.

Es ist dies im Prinzip die selbe Sachlage wie im ersten Falle. Nur fragt es sich, ob auch hier, wo doch die Zahlung in der Regel für einen viel kleineren Zeitraum erfolgt (es wird üblicherweise monatlich Rechnung gestellt), die Folgen der Vertragsverletzung im vorhin genannten Sinne Platz greifen dürfen; m. a. W. ob schon die Nichtbezahlung einer solchen kleinen Rate durch den Empfänger es für den Lieferanten unzumutbar macht, am Vertrage festzuhalten. Ob das der Fall ist oder nicht, das hängt auch hier davon ab, ob eine solche Vertragsverletzung bereits als Gefährdung der weitem Durchführung des Vertrages angesehen werden kann. Selbstverständlich kann darin eine Gefährdung gesehen werden, wenn noch andere Umstände das deutlich machen (wenn der Empfänger z. B. erklärt, er werde nicht nur die aktuelle Zahlung sondern auch alle zukünftigen Zahlungen verweigern). Die blosse Nichtzahlung jedoch kann in einem solchen Falle meines Erachtens nicht eine Gefährdung darstellen, gegen die der gleiche Schutz gegeben ist wie gegen eine Vertragsverletzung (Ausdehnung der Wirkungen auf den noch nicht abgewickelten Teil des Vertrages), nachdem wir im ersten Falle gesehen haben, dass dort der Lieferant (wegen der Verrechnungsweise) eine ganze Heizperiode lang die Wärme vorleisten muss.

3. Fall: In grösseren Verhältnissen zahlt der Empfänger die Grundgebühr, die schon vor der Lieferung der Wärme für eine bestimmte Heizperiode zu zahlen ist, nicht.

Auch hier führen die selben Überlegungen, wie sie unter Fall 1 angestellt worden sind, zum Ziel.

B. Nichtbezug:

Eine weitere Vertragsverletzung, die dann aktuell werden kann, wenn der Empfänger verpflichtet ist, seinen ganzen Bedarf an Wärme beim Lieferanten zu decken, ist die, dass der Empfänger nicht seinen ganzen Bedarf beim Lieferanten deckt. Eine solche Vertragsverletzung besteht darin, dass der Empfänger es unterlässt, die Zuleitung zu seinem Hause zu öffnen, obschon er dazu verpflichtet ist. Diese Öffnung der

rückzutreten.“ Gleich sei es auch, wenn der Käufer mit der Bezahlung einer Teilleistung säumig sei.

Zuleitung wird in einem solchen Falle als Vorbereitungshandlung³⁵ angesehen werden müssen, die der Empfänger ungerechtfertigterweise verweigert. Damit befindet sich der Empfänger in Gläubigerverzug (OR Art. 91). Eine Hinterlegung der Wärme durch den Lieferanten im Sinne von OR Art. 92 Abs. 1, um sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien, kommt — das geht aus der Natur der Sache hervor — nicht in Frage. Es muss vielmehr bereits die ungerechtfertigt ungenützte Bereitstellung³⁶ der Wärme durch den Lieferanten als Erfüllungssurrogat betrachtet werden. Der Empfänger kommt deshalb durch seinen Nichtbezug direkt in Schuldnerverzug³⁷. Dem Lieferanten stehen dann im Prinzip die gleichen Möglichkeiten offen, wie in den unter A vorhin genannten Fällen: es treten die Schuldnerverzugsfolgen im Sinne von OR Art. 107 Abs. 2 ein.

IV. Vertragsverletzung durch den Wärmelieferanten

A. Tatbestand und Vorbemerkung:

1. *Tatbestand*: Auch hier ist auszugehen von den praktisch möglichen Sachlagen. Diese stellen sich so dar, dass der Wärmelieferant aus irgend einem Grunde keine oder zu wenig Wärme liefert. Man wird sich z. B. vorstellen müssen, dass der Lieferant mitten im Winter die Lieferung von Wärme gänzlich oder auch nur für einige Tage einstellt oder dass er zu wenig Wärme liefert, so dass die angeschlossenen Räumlichkeiten nur ungenügend geheizt werden. Noch hat der Empfänger in kleinern Verhältnissen nicht zu viel geleistet (weil er erst nachträglich bezahlen muss). Bei grösseren Verhältnissen ist zwar die Grundgebühr vom Empfänger schon im voraus erbracht, nicht aber der eigentliche Wärmepreis.

2. *Vorbemerkung*: Wenn wir uns fragen, was vernünftigerweise die Folgen einer solchen unter 1. vorhin beschriebenen Vertragsverletzung sein sollten, so kommen wir zu folgenden Punkten: der Empfänger soll für die nicht erhaltene Wärmemenge nicht zahlen müssen; es soll ihm der durch die Nichtlieferung allfällig entstandene Schaden ersetzt werden; er soll, wenn die Verletzung zu gravierend ist, vom Wärmelieferungsverhältnis ohne Schaden loskommen können.

35) von Tuhr/Siegwart, II, S. 510: „Der Gläubiger kommt nach Art. 91 auch dann in Verzug, wenn er die Vornahme der ihm obliegenden *Vorbereitungshandlungen*, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, verweigert.“

36) Hürlimann, S. 60: „Im allgemeinen wird tatsächliche Erfüllungsbereitschaft gefordert.“

37) Der Beweis dieser Vertragsverletzung wird allerdings nicht geringe Schwierigkeiten bereiten.

B. Erwägungen:

1. Vorweg sind drei Dinge allgemein zu beachten: a. Eine nachträgliche Leistung ist zwar nicht unmöglich, kommt aber, wie wir vorne³⁸ schon dargelegt haben, nicht in Frage.

b. Auch die Wirkung einer solchen Vertragsverletzung erstreckt sich zunächst nur auf den verletzten Teil des Vertrages. Werden aber die Wirkungen ausgedehnt, so kann das nur den Sinn haben, dass sie auf den zur Zeit der Vertragsverletzung noch nicht abgewickelten Teil des Vertrages ausgedehnt werden. — Die früher³⁹ angedeutete Ausnahme ist nur scheinbar eine solche, denn solange die Zeit dauert, für die die Grundgebühr bezahlt ist, solange gehört sie eben noch zum nichtabgewickelten Teil des Vertrages (oder doch zum nicht vollständig abgewickelten Teil). Die Grundgebühr für diese Zeit wird also von den Folgen der Vertragsverletzung mit erfasst (wenn auch in der Regel nur zum Teil).

c. In jedem Falle ist ein gewisser Ersatz für die Nichtlieferung automatisch damit gegeben, dass das Entgelt für die gelieferte Wärme durch die Nichtlieferung geringer wird. In grossen Verhältnissen, wo die gelieferte Wärmemenge gezählt wird, liegt das auf der Hand. Aber auch in kleinen Verhältnissen finden sich ähnliche Verhältnisse, nur kommt hier dieser Ersatz nicht allein dem nichtbelieferten Empfänger zugute, weil nämlich die Gesamtkosten, die auf die verschiedenen Empfänger aufgeteilt werden, durch jede Nichtlieferung absolut kleiner werden.

2. Die Nichtlieferung von Wärme lässt sich rechtlich folgendermassen⁴⁰ einordnen: jeder Tag innerhalb einer Heizperiode ist ein bestimmter Verfalltag (im Sinne von OR Art. 102 Abs. 2) für die an diesem Tage nötige Wärmemengenlieferung. Somit kommt der Lieferant bei Nichtlieferung ohne weiteres in Verzug (OR Art. 102 Abs. 2 Schluss). Die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung im Sinne von OR Art. 107 Abs. 1 fällt weg, weil infolge des Verzuges des Lieferanten die Leistung für den Empfänger jeglichen Nutzen (OR Art. 108 Ziff. 2) verloren hat.

C. Ergebnisse:

1. Von den Möglichkeiten, die OR Art. 107 Abs. 2 dem vertrags-treuen Teil bei synallagmatischen Verträgen wegen Schuldnerverzuges bietet, fällt diejenige, die auf nachträgliche Erfüllung tendiert, ausser Betracht; mit andern Worten: das, was nach dem genannten Artikel der Normalfall ist, fällt beim Wärmelieferungsverhältnis bei Verzug

38) S. 68.

39) S. 68.

40) ähnlich *Vetsch*, S. 7: „Die Fälligkeit tritt sukzessive nach Massgabe der Momente ein, in denen die einzelnen Raten geleistet werden müssen.“

des Lieferanten, wegen der Natur der Wärme, weg. Zum Normalfall wird vielmehr bei unserm Sachverhalt der ‚Verzicht‘ auf die nachträgliche Leistung der nicht zur Zeit gelieferten Wärme. Verzicht ist deshalb in Anführungszeichen gesetzt, weil er sich gezwungenermassen aus der speziellen Natur der Sache ergibt und also nur zu einem untergeordneten Teil von der freien Entschlusskraft des Empfängers abhängt.

2. Die in OR Art. 107 Abs. 2 verlangte Erklärung:

a. Der Normalfall ist also der Verzicht auf die nachträgliche Leistung und Ersatz des aus der Nichterfüllung, aus dieser einmaligen Nichterfüllung entstandenen Schadens. Daraus heraus, dass der Gesetzgeber nicht nur in OR Art. 107 Abs. 2 sondern auch an anderer Stelle, eine unverzügliche Erklärung des Gläubigers immer nur für *den* Fall verlangt, der nicht als der selbstverständliche, der übliche, erscheint, darf meines Erachtens gefolgert werden, dass eine unverzügliche Erklärung des Empfängers, er werde von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, nicht verlangt werden kann.

b. Anders verhält es sich dagegen mit dieser Erklärung, wenn der Empfänger der Wärme die Folgen der Vertragsverletzung auf den ganzen noch nicht abgewickelten Teil des Vertrages ausgedehnt wissen möchte. Hier wird eine Erklärung⁴¹ verlangt werden müssen, des Inhalts, dass der Empfänger auf weitere Wärmelieferung verzichte und den Lieferanten für allen Schaden verantwortlich mache, wenn nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkte wieder vertragsgemäss Wärme geliefert wird.

3. Für diese weitergehenden Folgen sind die gleichen Überlegungen anzustellen, wie wir sie weiter vorn⁴² über die Unzumutbarkeit ausgeführt haben, nur sind natürlich die Rollen vertauscht. Es soll deshalb genügen, wenn hier das Ergebnis noch einmal festgehalten wird: wird durch die Vertragsverletzung des Lieferanten die weitere Durchführung des Vertrages derart gefährdet, dass dem Empfänger ein weiteres Vertrauen auf Lieferung von Wärme nicht mehr zugemutet werden kann, so kann er mit Wirkung auf den noch nicht abgewickelten Teil des Vertrages auf weitere Wärmelieferung verzichten und „entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrage zurücktreten“ (OR Art. 107 Abs. 2). Was unter dem positiven und dem negativen Interesse in unserm Spezialfalle etwa zu verstehen ist, das haben wir schon früher⁴³ dargestellt.

41) von Tuhr/Siegwart II, S. 602, sagt für die Sukzessivlieferungsverträge: „Der Schuldner muss wissen, dass die Versäumung der Nachfrist zur Auflösung des ganzen Vertrages führen kann.“

42) S. 72 ff.

43) S. 69 f.

V. Vertragsbeendigung im besondern

A. Ordentliche Vertragsbeendigung:

Die ordentliche Beendigung des Wärmelieferungsverhältnisses erfolgt so, wie es bei den Dauerschuldverhältnissen immer der Fall ist: durch Zeitablauf⁴⁴ oder durch Kündigung⁴⁵. Durch Zeitablauf dann, wenn die Parteien den Vertrag für eine bestimmte Dauer abgeschlossen haben. Durch Kündigung, wenn der Vertrag nicht befristet war. Sehr oft wird die Beendigung so geregelt, dass Kündigung erstmals nach Ablauf einer bestimmten Zeit erfolgen darf: es handelt sich dann um einen unbestimmten Vertrag mit bestimmter Mindestdauer. Eine solche Regelung entspricht wohl am ehesten den Verhältnissen beim Wärmelieferungsvertrag (der Vertrag soll endigen können, wenn die Anlagen eine gewisse längere Zeit ihren Zweck erfüllen konnten und deshalb amortisiert sind).

B. Ausserordentliche Vertragsbeendigung

Wenn wir bis anhin von Rücktritt in Bezug auf den noch nicht abgewickelten Teil des Vertrages gesprochen haben, so ist diese Terminologie derjenigen des Kaufrechtes angepasst gewesen und stellt das dar, was wir ausserordentliche Beendigung des Vertrages nennen möchten. Wenn auch der Effekt einer solchen Beendigung im wesentlichen gleich⁴⁶ ist wie bei einer Kündigung aus wichtigem Grunde⁴⁷, so spricht doch die Literatur⁴⁸ allgemein im Zusammenhang mit den Sukzessivlieferungsverträgen von Rücktritt⁴⁹; mit einer gewissen Berechtigung meiner Ansicht nach, denn dieser Rücktritt bezieht sich zwar im Wesentlichen auf den noch nicht abgewickelten Teil des Vertrages (Wirkung ex nunc, was gerade nicht Wesensmerkmal des Rücktrittes ist), aber zu diesem nichtabgewickelten Teil des Vertrages gehören auch solche Leistungen,

44) vgl. *Gierke*, Schuldverhältnisse, S. 378: Der normale Beendigungsgrund für dauernde Schuldverhältnisse ist Zeitablauf.

45) vgl. *von Tuhr/Siehwart* II, S. 609 Ziff. 4; *Gierke*, Schuldverhältnisse, S. 386: „Das Rechtsinstitut der Kündigung ist kennzeichnendes Merkmal der dauernden Schuldverträge.“

46) *von Tuhr/Siehwart* II, S. 602, Anm. 128: „In solchen Fällen berührt sich der Rücktritt nahe mit der Kündigung.“; vgl. auch *Hammer*, S. 26.

47) *Gekeler*, S. 32, spricht im Zusammenhang mit dem Sukzessivlieferungsvertrag von Kündigung aus wichtigem Grunde: „Der Sukzessivlieferungsvertrag kann vor Ablauf der bestimmten Zeit und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.“ und S. 34: „...; der vertragsstreue Teil kann den Vertrag kündigen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung des wegfallenden Teils verlangen.“

48) vgl. *von Tuhr/Siehwart* II, S. 602, 612 ff.; *Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 207; *Hürlimann*, S. 49/50; u. a. m.; anders *Herschsohn*, S. 159.

die zur Zeit der Vertragsverletzung schon erbracht sind, die aber nur im Hinblick auf die ordnungsgemässe Abwicklung des Vertrages erbracht worden sind.

Wenn schon die Literatur⁴⁸ allgemein in solchen Zusammenhängen von Rücktritt spricht, so sehen wir uns nicht veranlasst, zu versuchen, eine genaue Abgrenzung⁵⁰ zwischen Kündigung und Rücktritt zu geben. Würde aber eine genaue Trennung zwischen den Anwendungsgebieten der Kündigung⁵¹ einerseits und des Rücktrittes⁵² anderseits versucht, so würde wahrscheinlich eine solche Beendigung, wie wir sie beim Wärmelieferungsvertrag bei Vertragsverletzung angetroffen haben, ein Zwischending⁵³ sein: entweder eine Kündigung mit erweiterter Wirkung (weil auch gewisse Leistungen von ihr erfasst würden, die schon vor der Vertragsverletzung, aber nur im Hinblick auf die ordnungsgemässe Abwicklung des Vertrages, erbracht worden sind) oder aber ein Rücktritt mit eingeschränkter Wirkung (weil gewisse vor der Vertragsverletzung erbrachte Leistungen, wegen der Natur der Wärme, nicht mehr von diesem Rücktritt erfasst werden können).

VI. Schlussbemerkung:

Wir haben somit gefunden, dass sich die bei den Wärmelieferungsverhältnissen auftauchenden Hauptfragen zwar nicht nach besonderem Kaufrecht, aber doch nach denjenigen Bestimmungen des allgemeinen Teils des OR lösen lassen, die besonders für den Kauf, als den Hauptvertreter der synallagmatischen Verträge, Geltung haben. Dass die nach Gesetz gegebenen Möglichkeiten nicht alle ausgenützt werden können (dass z. B. eine nachträgliche Lieferung der Wärme nicht stattfindet), das kann nicht hindern, die sonst gefundenen Lösungen zu akzeptieren und den Wärmelieferungsvertrag unter Berücksichtigung der speziellen Natur des Leistungsobjektes von Seiten des Lieferanten so zu behandeln, wie heute allgemein die Sukzessivlieferungsverträge behandelt werden, nämlich unter analoger⁵⁴ Anwendung von OR Art. 107.

49) vgl. über die Unterscheidung von Rücktritt und Kündigung von *Tuhr/Sieglwart* II, S. 597.598 und 609 ff.; *Guhl*, S. 223/224; *Gierke*, Schuldverhältnisse, S. 387.

50) Eine genaue Grenze wird auch im Gesetz selber nicht scharf eingehalten, vgl. *Leder*, S. 35/36, *Herschsohn*, S. 11.

51) dazu *Herschsohn*, S. 28 ff.

52) dazu *Herschsohn*, S. 14 ff.

53) *Gierke*, Schuldverhältnisse, S. 391, entscheidet sich für Kündigung: „Ist nach Treu und Glauben bei einem dauernden Schuldvertrage infolge vertragswidrigen Verhalten eines Teils dem andern Teil das Festhalten am Vertrage nicht zuzumuten, so ist ihm, falls das Gesetz keine unmittelbar anwendbare Bestimmung enthält, nicht mit einem Rücktrittsrecht, wohl aber durch entsprechende Anwendung der Vorschriften über fristlose Kündigung zu helfen. So insbesondere auch beim Sukzessivlieferungsvertrage.“

54) von *Tuhr/Sieglwart* II, S. 602 oben.

ZWEITER TEIL:

SACHENRECHTLICHE PROBLEME

Die Anlagen, die mit einer Fernbeheizung verbunden sind, sind aufs engste mit den beteiligten Grundstücken verknüpft. Die einzelnen Grundstücke aber sind Objekte des Verkehrs. Der Fall, dass ein Beteiligter seine Liegenschaft verkauft, ist deshalb in Rechnung zu stellen. Was aber geschieht in einem solchen Falle mit der Fernbeheizung? was mit den Anlagen? Die beteiligten Parteien versuchen vielfach, sich durch vertragliche Abmachung¹ für diesen Fall zu sichern, indem etwa der Wärmeempfänger vertraglich verpflichtet ist, seine Rechte und Pflichten aus dem Wärmelieferungsvertrag auf seinen Rechtsnachfolger im Eigentum des beheizten Gebäudes zu übertragen. Eine solche Sicherung ist aber deshalb ungenügend², weil, wenn der Empfänger dieser Verpflichtung nicht nachkommt, der Lieferant sich nur an den vertraglich verpflichteten Empfänger halten³ kann, nicht aber an den neuen Eigentümer des Empfängergrundstückes, der technisch jetzt mit dem Lieferanten verbunden ist. Der Suche nach einer intensiveren Sicherung sollen deshalb die folgenden Ausführungen dienen.

1. ABSCHNITT: GRUNDLAGEN

§ 9. Die Interessen der Parteien

Um zu erkennen, welcher der vom Gesetz gebotenen Möglichkeiten der Vorzug zu geben ist, ist auszugehen vom Interesse der Parteien; die Parteien sind es, die die Initiative ergreifen müssen, um eine Sicherung des Bestandes und Betriebes der Fernheizanlage, eine rechtliche Sicherung auf die Dauer, zu erlangen. Die Parteien aber werden nach

1) *Blass*, S. 74, rät solches im Zusammenhange mit den Zuleitungsverträgen allgemein an.

2) Wenn auch, wie *Gierke*, Schuldverhältnisse, S. 407, das sagt, die dauernden Schuldverhältnisse ermöglichen, „ständige Machtverhältnisse ins Leben zu rufen und in Wirksamkeit zu erhalten“ und Brücken zu schlagen geeignet sind vom Schuldrecht zum Sachenrecht; vgl. auch *Leemann*, S. 289/290; *Pfister*, S. 360; *Schwander*, S. 168/169.

3) *Tuor*, S. 389: „Das *Obligationenrecht* dagegen (...) erfasst sein Objekt nur durch eine bestimmte Person (den Schuldner) hindurch, es hat eine bloss relative Wirksamkeit. Es besteht nur gegenüber dieser Person und kann ausschliesslich ihr entgegengesetzt werden. Es verleiht einen persönlichen Anspruch (eine *actio in personam*: Klage gegen die Person).“

Möglichkeit auf eine Verwirklichung ihrer Interessen tendieren; es liegt deshalb auf der Hand, dass zunächst diese Interessen betrachtet werden müssen.

I. Die Interessen auf der Seite des Wärmelieferanten

A. Tatsächliches:

Der Lieferant hat zur Lieferung der Wärme an die angeschlossenen Liegenschaften spezielle Einrichtungen getroffen. Entweder hat er (wenn es sich um ein selbständiges Wärmelieferungsunternehmen handelt)⁴ überhaupt eine ganze Fabrikanlage aufgestellt, die ausschliesslich der Wärmeerstellung und der Wärmeleitung dient, oder er hat (wenn es sich um eine Fernheizung als Nebenzweig einer Unternehmung handelt)⁵ zusätzliche technische Anlagen (wie Ableitungs- und Sammelanlagen, Regulationsanlagen, etc.) geschaffen, oder aber er hat (wenn es sich um jenen Fall handelt, wo einfach ein Hausbesitzer noch andere Häuser mit Wärme versorgt)⁶ eine für seine eigenen Bedürfnisse überdimensionierte Feuerungsanlage errichten müssen. Das alles ist wichtig, aber nicht entscheidend, weil, wenn man so will, jedes Produktionsunternehmen einen grössern oder kleinern Produktionsapparat aufweist. Wichtig, ja entscheidend für das Moment der Dauer, ist dagegen, dass der Wärmelieferant die Produkte seines Betriebes nur in ganz bestimmter Weise an den Mann bringen kann: mittels eines Wärmeträgers, der sich in Röhrenleitungen bewegen muss⁷. Mehr als üblicherweise ein Lieferant ist der Wärmelieferant mit seinem Abnehmer verbunden durch die kostspieligen Leitungsanlagen, die haben erstellt werden müssen, um die Lieferung von Wärme überhaupt erst zu ermöglichen.

B. Das Interesse des Lieferanten:

Das Interesse des Wärmelieferanten richtet sich deshalb in erster Linie auf eine möglichst lange dauernde Benützung dieser Zuleitungsanlagen, denn es ist leicht einzusehen, dass, je länger diese Anlagen ihrem Zwecke, der Wärmeleitung, dienen können, desto vorteilhafter die Wärmelieferung selbst sich gestaltet. Denkbar ist freilich ein Fall, wo ein Wärmeempfänger die ganzen Zuleitungsanlage- und Unterhalts-

4) siehe vorn, S. 3.

5) siehe vorn, S. 3/4.

6) siehe vorn, S. 4.

7) siehe vorn, S. 2/3.

kosten selber trägt und z. B. nur für einen Winter Wärme geliefert haben will. Dann kann es dem Lieferanten gleichgültig sein, wie lange die Leitungen ihrem Zwecke dienen, denn er wird einfach für die gelieferte Wärme entschädigt; mit der Zuleitungsanlage hat er nichts zu tun. Wirtschaftlich gesehen wird ein solcher Sachverhalt jedoch kaum je vorkommen.

Wenn vorhin gesagt wurde, dass die dauernde Benützung der Zuleitungsanlage in erster Linie zu nennen sei, so ist das nicht ganz präzise. Das Interesse des Lieferanten geht erst sekundär auf diese Benützung, primär aber auf den Empfang des Kaufpreises für die Wärme. Diesen Kaufpreis wird der Lieferant jedoch nur erhalten, wenn er auch tatsächlich Wärme liefert oder doch wenigstens Wärme zu liefern bereit ist, m. a. W.: wenn der Empfänger den Kaufgegenstand, die Wärme, erhält oder zu erhalten wenigstens in der Lage ist. Weil aber die Lieferung, bzw. der Empfang der Wärme nur mittels dieser Zuleitungsanlagen möglich ist, geht das Interesse des Lieferanten doch wiederum auf die dauernde Benützung dieser Zuleitungsanlagen.

Des näheren gehen die Interessen des Lieferanten nach zwei Richtungen:

1. Der Lieferant ist interessiert daran, die angeschlossene Liegenschaft dauernd beliefern zu können. Nicht nur der Eigentümer dieser Liegenschaft, mit dem der Lieferant den Wärmelieferungsvertrag abgeschlossen hat, soll beliefert werden können, soll sich an die Abmachungen des Vertrages halten, sondern auch jeder nachfolgende Eigentümer soll die aus dem Wärmelieferungsvertrag erwachsenden Verpflichtungen erfüllen. Man könnte hier noch weiter gehen und sagen: Im Interesse des Lieferanten liegt es, dass jeder Eigentümer einer angeschlossenen Liegenschaft seinen Bedarf an Heizwärme ausschliesslich beim Lieferanten deckt.

2. Das Interesse des Lieferanten geht aber in der Regel auch darauf, dass ein Rechtsnachfolger von ihm selbst, sei es den ursprünglichen oder einen folgenden Eigentümer einer angeschlossenen Liegenschaft beliefern kann. Der Verkaufswert⁸ eines solchen Heizungsunternehmens wäre nämlich ausserordentlich gering⁹, wenn der Käufer nicht die Gewissheit hätte (wenn er wenigstens diesen Betrieb fortführen will), dass alle angeschlossenen Liegenschaften auch weiterhin beliefert werden können.

Die beiden Punkte kurz zusammengefasst heisst das: Der Lieferant der Wärme hat ein Interesse daran, dass jeder Eigentümer des Lieferungs-

8) *Andermatt*, S. 92, sagt, dass eine Liegenschaft mit „vielen einschneidenden Berechtigungen unter allen Umständen ein günstigeres Liquidationsergebnis zu erzielen vermag, als ohne diese Berechtigungen.“; vgl. auch *Hägi*, S. 64; *Langenegger*, S. 55.

9) *Segesser*, S. 73: „Dienstbarkeiten und Grundlasten sind imstande, den Wert an Grundstücken ganz bedeutend zu beeinträchtigen.“

grundstückes jeden Eigentümer der angeschlossenen Liegenschaften beliefern kann.

Es sei auch erwähnt, dass allfällige Grundpfandgläubiger¹⁰ des Lieferanten der dauernden Möglichkeit der Belieferung der angeschlossenen Liegenschaften nicht gleichgültig gegenüberstehen werden, denn wenn der Wert des Lieferungsgrundstückes ohne diese Sicherheiten nicht so gross ist, so ist das offensichtlich für die Pfandgläubiger eminent wichtig.

II. Die Interessen auf der Seite des Wärmeempfängers

A. Tatsächliches:

Der Empfänger der Wärme hat seine Liegenschaft, die an die Fernheizung angeschlossen ist, für diese Fernheizung einrichten müssen. Er hat seine eigene Feuerstelle entfernt; er hat die engern Anschlüsseleitungen errichtet, oder aber er hat sogar von Anfang an sein Haus auf die Fernheizung eingestellt, und es ist ihm deshalb vielleicht ohne grosse Unkosten und Umbauten gar nicht möglich, nachträglich eine eigene Heizungsanlage zu erstellen (abgesehen vom Anschluss von Ersatzheizungen, wie elektrischen Heizkörpern und ähnlichem). Er hat den Platz, den die Kohlen für die eigene Heizung eingenommen haben, anderweitig verwendet; er hat nicht Raum vorgesehen, um einen Öltank einzubauen; er hat vielleicht die Schornsteine herausgerissen, usw. usw.. Kurz, der Eigentümer des an die Fernheizung angeschlossenen Hauses hat alles getan, um die Vorteile einer Fernheizung in extenso auskosten zu können. Er kann sein Haus nun nicht nur billiger als vorher erwärmen, sondern er geniesst auch all die andern Vorteile, die eine Fernheizung zu bieten vermag und die er nicht mehr missen möchte.

B. Das Interesse des Empfängers:

All die vorhin genannten Vorteile sind nur wirkliche Vorteile, wenn sie auf die Dauer gedacht sind, wenn nicht sozusagen schon morgen das Fernheizunternehmen verkauft wird und der neue Eigentümer des Werkes die angeschlossenen Liegenschaften nicht mehr beliefert.

Auch auf der Seite des Empfängers können die gleichen Interessenrichtungen auseinandergehalten werden wie beim Lieferanten:

1. Das Hauptinteresse des Empfängers richtet sich in erster Linie darauf, dauernd Wärme geliefert zu bekommen. Dauernd will heissen, so lange sein Haus steht und bewohnt wird. Auch jeder spätere Eigen-

10) vgl. *Langenegger*, S. 8/9.

tümer des Fernheizungsunternehmens soll ihm Wärme liefern müssen, denn das Haus des Empfängers würde eine nicht geringe Werteinbusse erleiden, wenn die Belieferung mit Wärme einfach aufhören könnte. Diese Werteinbusse würde auch die Interessen allfälliger Grundpfandgläubiger des Empfängers nicht unberührt lassen, so dass auch sie ein Interesse an der Sicherung auf die Dauer in diesem Sinne haben.

2. Entsprechend dem zweiten Punkt bei den Interessen des Lieferanten besteht auch beim Wärmeempfänger ein Interesse daran, dass auch sein eigener Rechtsnachfolger mit Wärme versorgt wird. Was würden all die Vorteile einer Fernheizung (mehr Raum, Reinlichkeit, u. a. m.) den Wert des Grundstückes heben können, wenn dabei die Heizung nicht gesichert wäre. Auch hier spielt deshalb das Interesse der Grundpfandgläubiger mit hinein.

Zusammenfassend richtet sich das Interesse des Wärmeempfängers darauf, dass jeder Eigentümer des Lieferungsgrundstückes jeden Eigentümer des Empfängergrundstückes mit Wärme beliefert.

Wie wir sehen, ergänzen sich die Interessen der beteiligten Personen in der Regel: Interesse an dauernder Belieferung des angeschlossenen Grundstückes sowohl beim Lieferanten als beim Empfänger der Wärme; Interesse an dauernder Lieferung vom Lieferungsgrundstück aus sowohl beim Lieferanten als auch beim Empfänger der Wärme. Die Grundpfandgläubiger sowohl des Lieferanten als auch des Empfängers haben ein Interesse an der Dauer des Verhältnisses. Man kann sich deshalb wirklich fragen, ob es bei einer sich so ergänzenden Interessenlage der Beteiligten überhaupt notwendig ist, nach einer ‚rechtlichen Sicherung auf die Dauer‘ zu suchen. Ob diese Frage so oder anders beantwortet wird, das braucht uns nicht zu beschäftigen; Tatsache ist jedoch, dass eine solche Sicherung bei allen bestehenden Fernheizungsanlagen irgendwie angestrebt wird. Es ist dies auch verständlich, denn, obschon die Interessen in der Regel so liegen, wie wir sie oben dargestellt haben, so gibt es sicherlich auch Ausnahmen, wo dann der eine oder der andere der Beteiligten in die Lage kommen kann, eine rechtliche Sicherung, nicht bloss eine Sicherung auf Grund der einmal gleich gelegenen Interessen, gebrauchen zu können.

§ 10. Heute existierende Lösungen und Inhalt des zweiten Teils

In der relativ kurzen Zeit, in der Fernheizungen bestehen, sind auch schon Lösungen in Bezug auf die rechtliche Sicherung des Bestandes und Betriebes von solchen Werken auf die Dauer getroffen worden. Nicht überall wurde indessen derselbe Weg eingeschlagen, und schon das zeigt, dass man sich heute über den bestmöglichen Weg nicht im Klaren ist. Wenn ich im folgenden einige Beispiele wiedergebe, so geschieht das vor allem, um das Problem aufzuzeigen und genau zu umschreiben, das den Inhalt des zweiten Teils dieser Arbeit bildet.

I. Beispiele

A. Vorschläge Leemanns:

Prof. *Leemann* hat in diesem Zusammenhang ein spezielles Gutachten¹¹ ausgearbeitet. Nach den Vorschlägen, die darin gemacht werden, sind eine Reihe von Fernheizungsanlagen, v. a. in kleinern Verhältnissen in Zürich, dauernd gesichert worden. *Leemann* unterscheidet zwei Fälle:

1. Die Heizzentrale ist auf einem besonderen Grundstück installiert.

Die vorgeschlagene Lösung lautet:

- a. „Das Eigentum an dem Grundstück mit der Heizanlage wird in Miteigentumsanteile zerlegt, die mit dem Eigentum an den heizungsberechtigten Grundstücken verbunden und so zu Realrechten oder subjektiv-dinglichen Rechten gemacht wird¹².“
- b. „Zugunsten des in Miteigentum stehenden Grundstückes ist auf jedes heizungsberechtigte Grundstück eine Grunddienstbarkeit zu errichten mit folgendem Inhalt:

„Der Eigentümer des Grundstücks mit der Fernheizungsanlage ist berechtigt, von dieser gemeinschaftlichen Anlage aus die zur Benutzung derselben, d. h. zur Zuführung der Heizwärme erforderlichen Röhrenleitungen in den betreffenden Grundstücken zu erstellen und die nötigen Reparaturen und Erneuerungen vorzunehmen.

Die Kosten des Betriebes, des Unterhalts und der Tilgung der den genannten Grundstücken dienenden Fernheizungsanlagen mit Einschluss der Zuleitungen, hat jeder Eigentümer im Verhältnis seiner Räume, für die die Zentralheizung eingerichtet ist, im voraus je auf Mitte Oktober und Mitte Januar zu bezahlen, und zwar auch dann, wenn er die Heizungsanlage nicht mitbenutzt¹³.“

2. Die Heizungsanlage befindet sich in einem der beteiligten Grundstücke selbst. Die Lösung sieht *Leemann* in diesem Falle in der Errichtung von Grunddienstbarkeiten folgenden Inhalts¹⁴:

- a. Der Eigentümer des Grundstücks mit der Fernheizungsanlage ist gegenüber den Eigentümern der an diese angeschlossenen Grundstücke verpflichtet, den Bestand und Betrieb der Anlage, sowie die Vornahme der nötigen Reparaturen und Erneuerungen zu dulden.
- b. Sämtliche Eigentümer sind gegenseitig verpflichtet, die durch ihre Grundstücke geführten Heizröhren in gleicher Weise stetsfort zu dulden.
- c. Jeder Eigentümer hat an die Kosten des Betriebes und des Unterhalts

11) Der Aufsatz in der Juristenzeitung, den wir mit ‚*Leemann*‘ zitieren, hat dieses Gutachten einem weitem Leserkreise zugänglich gemacht.

12) *Leemann*, S. 290.

13) siehe vorhin Anm. 12.

14) *Leemann*, S. 291.

der allen Grundstücken dienenden Heizungsanlage im Verhältnis seiner Räume, für die die Zentralheizung eingerichtet ist, beizutragen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er die Heizungsanlage mitbenutzt.

B. Beispiel einer Eintragung in Zürich:

Bei einer Fernheizungsanlage, bei der von einer in einem Wohnhaus eingebauten Zentrale aus ca. 8 grosse Miethäuser beheizt werden, ist einem Auszug aus dem Grundprotokoll zu entnehmen, dass die Sicherung mittels Dienstbarkeiten angestrebt wird:

„Bestimmungen betr. eine gemeinsame Fernheizungsanlage:

Die im Wohnhaus X installierte Fernheizungsanlage dient ausser diesem Gebäude den jeweiligen Eigentümern folgender Wohnhäuser gemeinsam: A, B, C, D,

Demgemäss ist der jeweilige Eigentümer des Grundstückes X, auf welchem sich die Heizversorgungszentrale befindet, gegenüber den jeweiligen Eigentümern der an diese angeschlossenen Grundstücke A, B, C, D, . . . verpflichtet, den Bestand und Betrieb der Heizungs-zentrale, sowie die Vornahme der nötigen Reparaturen und Erneuerungen an dieser stets zu dulden. Desgleichen sind die Eigentümer sämtlicher Grundstücke, denen diese Anlage dient, gegenseitig verpflichtet, die durch ihre Grundstücke geführten Röhrenleitungen stets zu dulden und die nötigen Reparaturen und Erneuerungen daran vornehmen zu lassen.

Für die Benutzung und den Unterhalt der Fernheizung gilt folgendes: Jeder beteiligte Eigentümer hat Anspruch auf Benutzung, d. h. auf Inbetriebsetzung der Heizung, sobald die Aussentemperatur an zwei aufeinanderfolgenden Tagen nach den Notierungen der Meteorologischen Zentralanstalt in Zürich abends um 9 $\frac{1}{2}$ Uhr +10 Grad Celsius oder weniger beträgt.

Die Kosten (Selbstkosten) für den Betrieb, den Unterhalt und die Erneuerung der Heizanlage (Zentrale und Fernleitungen bis und mit Abschliessung) werden von den Eigentümern prozentual nach der in jedem Hause eingesetzten Heizfläche getragen, und zwar auch dann, wenn ein Eigentümer die Heizung aus irgend einem Grunde nicht, oder nur teilweise mitbenutzt. Die Kosten für den Unterhalt und die Erneuerung der Heizinstallationen in den einzelnen Häusern hat jeder Eigentümer allein zu tragen.

Die Kosten für die Feuerungsmittel (Koks etc.) sind von jedem Eigentümer im voraus, d. h. vor Beginn der Heizperiode, spätestens 30 Tage nach Empfang der Rechnung zu bezahlen. Die gleiche Zahlungsfrist besteht für die Kostenbeiträge, die sich aus der jedes Jahr binnen Monatsfrist nach Schluss der Heizperiode aufzustellenden

Abrechnung ergeben. Wird ein Kostenanteil nicht rechtzeitig bezahlt, oder (im Bestreitungsfall) gerichtlich hinterlegt, so ist der zahlungs-säumige Eigentümer für die Dauer des Verzuges nicht berechtigt, die Fernheizung mitzubenu-zen.

Die Eigentümer der eingangs genannten Grundstücke sind gegen-seitig verpflichtet, den mit dem Betrieb und der Beaufsichtigung der Heizungsanlage beauftragten Personen den Zutritt zu den Keller-geschossen der einzelnen Häuser, soweit die Fernleitung reicht, zu gestatten.

Änderungen an den Hausinstallationen sind von dem betreffenden Hauseigentümer unverzüglich den Betriebsorganen anzuzeigen, worauf diese die Änderungen an Ort und Stelle kontrollieren dürfen. Dieses Kontrollrecht steht den Betriebsorganen auch dann zu, wenn diese von solchen Änderungen sonstwie (ohne Anzeige seitens des Haus-eigentümers) Kenntnis erhalten.“

C. Beispiel einer Eintragung in Basel:

In einem Falle, der erst kürzlich zur Eintragung gekommen ist, wurde in einem neuen Baublock, in welchem eine einzelne Liegenschaft keine eigene Zentralheizungsanlage erhielt, neben den gegenseitigen Dienstbarkeiten auf Duldung des Anschlusses der Zu- resp. Ableitungs-rohre, zu Gunsten der beheizten Liegenschaft auf der Liegenschaft mit der Zentralheizungsanlage eine Grundlast im Betrage von Fr. 20 000.— eingetragen mit folgender wörtlicher Fassung:

„Der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstückes verpflichtet sich, mit der auf seinem Grundstück installierten Zentralheizungs-anlage sämtliche Räume der berechtigten Liegenschaft, in welchen Radiatoren installiert sind, zu heizen. Dabei soll die durchschnittliche Zimmertemperatur in allen Zimmern 20 Grad Celsius betragen. In Fällen höherer Gewalt, zum Beispiel bei Einschränkung der Brenn-materiallieferungen infolge Kriegs, hat eine entsprechende Reduktion der Heizleistung zu erfolgen. Sollte die Zentralheizung infolge Repa-raturarbeiten vorübergehend nur reduziert leistungsfähig sein oder ganz ausser Betrieb gesetzt werden müssen, so kann der Eigentümer der belasteten Liegenschaft dafür nicht haftbar gemacht werden. Als Gesamtwert dieser Grundlast haben die Erstellungskosten für eine neue Zentralheizungsanlage zu gelten. Dieser Betrag wird gemäss Vereinbarung unter den Parteien auf Fr. 20 000.— festgesetzt. Sollten sich im Falle einer eventuellen Ablösung dieser Grundlast Änderun-gen der Herstellungskosten ergeben, so verpflichten sich die jeweiligen Eigentümer, die Ablösungssumme, die durch einen vom Zivilgerichts-präsidenten bestimmten Experten festgesetzt worden ist, zu bezahlen. Auf der andern Seite verpflichtet sich der jeweilige Eigentümer der

berechtigten Liegenschaft, an die Heizungskosten einen verhältnismässigen Kostenanteil zu leisten. Die Berechnung dieses Kostenanteils erfolgt gemäss besonderer schriftlicher Vereinbarung, die sich in Händen der Parteien befindet. Der Eigentümer der berechtigten Liegenschaft verpflichtet sich ferner, einen entsprechenden Kostenanteil am Unterhalt, an den Reparaturen und den Erneuerungen am Zentralheizungskessel und am gemeinsamen Kamin und Leitungsnetz zu übernehmen. Unterhalts-, Reparatur- und Erneuerungskosten der getrennten weitem Zuleitungen und Radiatoren gehen je zu lasten des Eigentümers der benützenden Liegenschaft. — Diese Grundlast wird für die Dauer des Bestehens der heute errichteten Gebäude X und Y bestellt.“

II. Inhalt des zweiten Teils dieser Arbeit:

Wie wir den Ausführungen unter I entnehmen können, stehen sich vor allem zwei Lösungen gegenüber: Sicherung des Bestandes und Betriebes der Fernheizung auf die Dauer durch Eintragung von gegenseitigen Grunddienstbarkeiten und Sicherung durch Eintragung einer Grundlast zu Gunsten des beheizten Grundstückes. Die Entscheidung der Frage, welcher dieser Möglichkeiten der Vorzug zu geben sei, wird den Hauptraum in den folgenden Untersuchungen einnehmen. Es sollen aber auch die weitem, nach materiellem Grundbuchrecht möglichen Lösungen betrachtet werden. Schliesslich soll dann die als geeignete Lösung gefundene Erkenntnis näher ins Auge gefasst werden.

2. ABSCHNITT:

MÖGLICHKEITEN NACH UNSERM SACHENRECHT

§ 11. Allgemeines; die ins Auge zu fassenden Möglichkeiten

Nachdem eine Darstellung des allgemeinen Zusammenhanges der aktuellen Begriffe gegeben¹ sein wird, soll hier² einleitend auf die eventuellen Möglichkeiten der Sicherung des Bestandes und Betriebes der Fernheizung mittels des Grundbuches eingetreten werden. Die in § 9 dargestellten Interessen der Parteien werden zu einer vorsortierenden Ausscheidung gewisser Möglichkeiten führen, die ebenfalls in diesem Zusammenhange dargestellt werden soll.

I. Die ins Grundbuch aufnehmbaren Rechte:

Für den Kreis der Rechte, die ins Grundbuch aufgenommen werden können³, hat der Gesetzgeber die Privatautonomie stark eingeschränkt⁴. Andere als die in den Artikeln 958 — 961 ZGB aufgezählten Rechte können im Grundbuch nicht Aufnahme finden⁵. „Für die eintragungsfähigen Rechte ist ein *numerus clausus* aufgestellt, ebenso wie für den Kreis der dinglichen Rechte. Aber die beiden Kreise fallen nicht zusammen. Der *numerus clausus* der eintragungsfähigen Rechte ist einesteiis weiter, indem er nicht nur dingliche, sondern auch bestimmte persönliche Rechte umfasst, andererseits aber enger, indem nur Rechte an Grundstücken eingetragen werden können⁶.“ Die weitere Systematik ist deshalb gegeben: Behandlung der eintragungsfähigen dinglichen Rechte, der vormerkbaren persönlichen Rechte und, als Spezialfall, der selbständigen und dauernden Rechte.

A. Die eintragungsfähigen dinglichen Rechte:

Weil nur dingliche Rechte an Grundstücken ins Grundbuch aufgenommen werden können (ZGB Art. 958), sind es nur diese, die Immo-
biliarsachenrechte⁷, die uns hier beschäftigen.

1) S. 89 ff.

2) S. 98 ff.

3) und auch müssen, vgl. *Scheidegger*, S. 111.

4) *Auer*, S. 59/60.

5) vgl. *Auer*, S. 60.

6) siehe Anm. 5.

1. Wesen und Wirkung der Dinglichkeit:

„Der Begriff ‚dingliches Recht‘ ist ein sehr umstrittener. Die dinglichen Rechte stehen im Gegensatz zu den persönlichen Rechten⁸.“ Neben der Tatsache, dass die dingliche Belastung eines Grundstückes stets für die Dauer gedacht ist⁹, sind es vor allem zwei Dinge, die sich aus der Literatur und der Praxis¹⁰ als essentielle Momente der Dinglichkeit eines Rechtes herauskristallisieren lassen: es sind dies die unmittelbare Sachherrschaft einerseits und die Wirkung gegen jedermann anderseits.

a. Unmittelbare Sachherrschaft: *Liver*¹¹ umschreibt dieses Moment wie folgt: „Das Merkmal, welches die dinglichen Rechte von anderen Rechten an Sachen unterscheidet, ist die *Unmittelbarkeit* der Sachherrschaft. Der Herrschaft, welche den Inhalt des dinglichen Rechtes ausmacht, ist die Sache selbst unterworfen. Die Sache ist *belastet*¹².“ Nach *Buser*¹³ besteht „das Wesen des dinglichen Rechts... darin, dass es dem Berechtigten unmittelbare Herrschaft gewährt,...“. Nach *Guhl*¹⁴ richten sich dingliche oder Sachenrechte „unmittelbar gegen eine Sache und gewähren daran eine, wenn auch unter Umständen sehr beschränkte, so doch unmittelbare Herrschaft¹⁵.“

b. Wirkung gegen jedermann: *Liver* sieht in dieser Wirkung gegen jedermann den Ausfluss aus der Unmittelbarkeit der Sachherrschaft¹⁶: „Aus der Unmittelbarkeit der Sachherrschaft folgt deren Wirkung gegenüber jedermann. Das dingliche Recht gehört zu den absoluten Rechten wie das Persönlichkeitsrecht und das Recht an einem immateri-

7) *Haab*, Kommentar 1929, N 57 der Einleitung zum Sachenrecht: „Nach dem Rechtsobjekte werden die dinglichen Rechte eingeteilt in *Mobiliar- und Immobilienarsachenrechte*.“

8) *Burdet*, S. 9: Diese Gegenüberstellung muss aber näher präzisiert werden, vgl. *Huber*, S. 33: „Wenn wir dingliche Rechte den persönlichen gegenüberstellen, so nehmen wir immer zugleich Bezug auf den Gegenstand des Rechtsverhältnisses, was bei der Unterscheidung der relativen und absoluten Rechte nicht der Fall ist. Wir erkennen nur da die Existenz eines dinglichen Rechtes an, wo der Gegenstand des Verhältnisses eine Sache ist. Auf eine Sache kann sich aber auch ein persönliches Rechtsverhältnis beziehen, wie z. B. die Miete. Dinglich sind also nicht alle Verhältnisse, die eine Sache zum Gegenstand haben, vielmehr sind es diese nur unter besonderen Voraussetzungen.“

9) vgl. *Bruggmann*, S. 78; *Schatzmann*, S. 48: „Dingliche Rechte und Grundbuch sind ihrem Wesen nach zum Schutze dauernder Interessen bestimmt.“

10) siehe *Guhl*, persönliche Rechte, S. 177.

11) *Liver*, Kommentar 1951, N 2 der Einleitung zur zweiten Abteilung des vierten Teils des ZGB.

12) ähnlich *Haab*, Kommentar 1929, N 53 der Einleitung zum Sachenrecht: „Im Innenverhältnis gewährt das dingliche Recht dem Berechtigten eine mehr oder weniger weitgehende Herrschaft über die Sache, ein ‚*Beherrschenddürfen*‘.“

13) *Buser*, S. 6.

14) *Guhl*, persönliche Rechte, S. 93.

15) gleich auch *Guhl*, persönliche Rechte, S. 177; vgl. ferner *Huber*, S. 35/36; *Burdet*, S. 9.

16) *Liver*, Kommentar 1951, N 3 der Einleitung zur zweiten Abteilung des vierten Teils des ZGB.

ellen Gut. Die unmittelbare Sachherrschaft schliesst notwendigerweise die Befugnis zur Abwehr ihrer Beeinträchtigung gegen jedermann in sich. Indem die Rechtsordnung die unmittelbare Sachherrschaft anerkennt, verbietet sie jedermann deren Beeinträchtigung. Aus der rechtlichen Anerkennung des dinglichen Rechtes ergibt sich das gegen jedermann gerichtete Verbot, es zu verletzen.“ Auch *Haab*¹⁷ kommt zum gleichen Ergebnis, jedoch nicht auf dem selben Wege wie *Liver*^{18, 19}.

2. *numerus clausus* der eintragungsfähigen dinglichen Rechte:

„Die Sachenrechtsordnung des ZGB beruht auf dem Prinzip der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte (...), d. h. es können nur die vom Gesetze ausdrücklich anerkannten dinglichen Rechte als solche begründet werden“²⁰. Von dieser ‚geschlossenen Zahl‘²¹ von Rechten können nur die dinglichen Rechte an Grundstücken ins Grundbuch aufgenommen werden²². Ausgehend vom Umfange der Sachherrschaft als Unterscheidungskriterium, stellt das ZGB dem Eigentum die beschränkten dinglichen Rechte gegenüber (Dienstbarkeiten, Grundlasten und Pfandrechte). Im Gegensatz zum Obligationenrecht ist im Sachenrecht also die Vertragsfreiheit nicht gestaltendes Prinzip²³.

a. Das Eigentum: Es ist das dingliche Vollrecht²⁴. Die Eigentumsherrschaft ist stets die „totale Sachherrschaft innerhalb der ihr durch den

17) *Haab*, Kommentar 1929, N 53 der Einleitung zum Sachenrecht.

18) dazu Anm. 16 und *Haab*, Kommentar 1929, N 51 ff. der Einleitung zum Sachenrecht.

19) Zur ‚Wirkung gegen jedermann‘ des dinglichen Rechtes vgl. ferner *Bielander*, S. 113; *Burdet*, S. 9; *Buser*, S. 6; *Buser*, Garten im Recht, S. 482; *Huber*, S. 35/36, 38, 39, 44; *Leemann*, Vormerkung, S. 11; *Oftinger*, Eingriffe, S. 505 a; *Pfister*, S. 325; *Schatzmann*, S. 6 und 7; *Tuor*, S. 389.

20) *Haab*, Kommentar 1929, N 59 der Einleitung zum Sachenrecht; vgl. auch *Schatzmann*, S. 10: „Es gilt das System des *numerus clausus*: Das Gesetz stellt eine geschlossene Zahl dinglicher Rechte auf. Die Parteien können nicht beliebige, ihren Interessen entsprechende Vereinbarungen durch Rechtsgeschäfte zu dinglichen Rechten erheben oder sie mit dinglichen Rechten zu einer Einheit verbinden, so dass sie, im Grundbuch verlaublich, gegenüber jedem Rechtsnachfolger Wirksamkeit erlangen. Insbesondere kann nicht etwa ein obligatorisches Recht durch Eintragung im Grundbuch zu einem dinglichen Recht umgeschaffen werden. Vielmehr müssen die Rechtssubjekte das dingliche Recht so nehmen, ‚wie es durch das gesellschaftliche Kollektivbedürfnis zurechtgehämmert worden ist‘. Frei steht den Beteiligten einzig, ob sie ein dingliches Recht begründen, oder ob sie dies unterlassen wollen. Wird aber ein dingliches Recht verabredet, so muss es in einer der Formen begründet werden, wie sie vom positiven Recht anerkannt und geregelt worden sind.“; vgl. ferner *Tuor*, S. 501; *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 4329 (= BGE 52 II 37) und Nr. 4330 (= BGE 62 II 88).

21) vgl. über die Gründe zur Rechtfertigung des *numerus clausus*: *Schatzmann*, S. 11.

22) siehe Anm. 6 und 7 und Text dazu.

23) *Liver*, Kommentar 1951, N 61 der Einleitung zur zweiten Abteilung des vierten Teils des ZGB; vgl. auch *Pfister*, S. 331.

24) *Liver*, Kommentar 1951, N 4 der Einleitung zur zweiten Abt. des 4. Teils des ZGB; *Haab*, Kommentar 1929, N 59 der Einl. zum Sachenrecht.

Bestand der beschränkten dinglichen Rechte gesetzten Schranken und umfasst daher alle Herrschaftsbefugnisse, welche ohne Verletzung der beschränkten dinglichen Rechte ausgeübt werden können²⁵.“ *Leemann*²⁶ nennt das Eigentum das absolute, vollständige, präsumtiv alle möglichen Rechte umfassende dingliche Recht; *Haab*²⁷ definiert das Eigentum nach unserm Recht „als das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache, mit dem sich die dem Eigentümer durch die Rechtsordnung auferlegten Pflichten verbinden, derart, dass die Eigentumsherrschaft nur soweit reicht, als sie mit den dem Eigentümer obliegenden Pflichten vereinbar ist²⁸.“

b. Die beschränkten dinglichen Rechte: Sie haben „eine partielle, begrenzte Sachherrschaft zum Inhalt. Diese Sachherrschaft hat die gleiche dingliche Natur wie das Eigentum, aber sie umfasst nicht alle vom Gesetz zugelassenen Herrschaftsbefugnisse über die Sache, sondern ist beschränkt auf eine bestimmte einzelne Herrschaftsbefugnis oder einen begrenzten Komplex dieser Befugnisse, der nie so umfassend sein kann, dass er nicht am Eigentum, so stark es zurückgedrängt sein mag, seine unübersteigbare Schranke finden würde. Beschränkt ist also nicht die dingliche Wirksamkeit, sondern der Umfang der Herrschaft²⁹.“ An einem andern Orte sagt derselbe Autor³⁰: „Die beschränkten dinglichen Rechte bestehen in einer inhaltlich beschränkten unmittelbaren *Sachherrschaft*.“ Noch an einem andern Orte³¹ fügt *Liver* aber bei: Das beschränkte dingliche Recht ist „nicht eine Eigentumsteilherrschaft; es ist eine vom Eigentum nicht nur dem Umfange nach, sondern qualitativ verschiedene Sachherrschaft³².“

25) *Liver*, Kommentar 1951, N 8 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; vgl. auch *Tuor*, S. 443.

Dieser Ansicht liegt die Auffassung zugrunde, dass die gesetzlichen Schranken, innerhalb welcher nach Art. 641 ZGB der Eigentümer nach seinem Belieben über die Sache verfügt, ‚dem Eigentum immanent‘ sind. vgl. dazu *Liver* a. a. O., N 80; *Burdet*, S. 11/12 (in Anlehnung an Schwander); *Haab*, Kommentar 1929, N 18 zu Art. 641 ZGB, vertritt eine andere Ansicht.

26) *Leemann*, Kommentar 1925, N 1 der Einleitung der 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

27) *Haab*, Kommentar 1929, N 4 zu Art. 641 ZGB; siehe dazu Anm. 25.

28) vgl. ferner *Butterfass*, S. 1; *Buser*, S. 10; *Buser*, Garten im Recht, S. 482; *Tuor*, S. 389/390, 500, 442.

29) *Liver*, Kommentar 1951, N 4 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

30) siehe vorhergehende Anmerkung.

31) siehe Anm. 29, N 8; dazu auch *ders.*, a. a. O., N. 11. Die Formulierung scheint etwas unglücklich, wenn *Liver* vorher (siehe Anm. 29) sagt: „Beschränkt ist also nicht die dingliche Wirksamkeit, sondern der Umfang der Herrschaft.“ Aus N 7 (a. a. O.) geht jedoch hervor, was gemeint ist: Der Gegensatz zu der Auffassung der beschränkten dinglichen Rechte als ‚verselbständigte Eigentumsplitter‘.

32) vgl. für ähnliche Bemühungen, das Wesen des beschränkten dinglichen Rechtes zu umschreiben: *Leemann*, Kommentar 1925, N 1 ff. der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; *Haab*, Kommentar 1929, N 59 der Einl. zum Sachenrecht; *Butterfass*, S. 1; *Buser*, S. 10; *Tuor*, S. 500 und 389 unten.

3. Die beschränkten dinglichen Rechte insbesondere:

Weil die Systematik im Folgenden vielleicht etwas allzu differenziert wird, soll zunächst kurz der Gedankengang dargestellt sein: zwei Dinge sind es, die hier aufgezeigt werden möchten. Erstlich soll der *numerus clausus* der beschränkten dinglichen Rechte dargestellt werden (wobei die Rede sein wird von den Dienstbarkeiten, den Grundpfandrechten und den Grundlasten), und zweitens soll dargetan werden, was für eine Bedeutung dieser *numerus clausus* besitzt.

a. Der *numerus clausus* der beschränkten dinglichen Rechte: Die beschränkten dinglichen Rechte sind dingliche Rechte und werden deshalb vom *numerus clausus* der dinglichen Rechte mitumfasst. Andere beschränkte dingliche Rechte als Dienstbarkeiten, Grundlasten und Pfandrechte gibt es in unserm Sachenrechte nicht³³. Systematisch werden diese beschränkten dinglichen Rechte unterteilt³⁴ in Gebrauchs- und Nutzungsrechte einerseits (worunter die Dienstbarkeiten zu zählen sind)³⁵ und in dingliche Haftungsrechte³⁶ (worunter die Pfandrechte fallen)³⁷. „Die Grundlasten nehmen eine Mittelstellung ein“³⁸.

aa. Die Dienstbarkeiten: Wird ein Recht zur Benutzung einer Sache vereinbart, das in keine der folgenden Dienstbarkeitskategorien fällt, so ist die Wirkung auf das obligationenrechtliche Verhältnis beschränkt³⁹. Nach Arten sind die Dienstbarkeiten wie folgt eingeteilt^{40, 41}:

aaa. „Grunddienstbarkeiten. Sie stehen dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstückes zu. Das belastete ist einem ‚herrschenden‘

33) *Liver*, Kommentar 1951, N 5 und 12 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; *BGE* 52 II 37.

34) *Huber*, S. 56 ff., unterscheidet nach dem Inhalt 4 Arten von beschränkten dinglichen Rechten: solche, die mit dem Besitz an der belasteten Sache verbunden sind; solche Rechte an Sachen, die nicht nur in fremdem Eigentum, sondern auch in fremdem Besitz sich befinden; solche Rechte, die Anspruch auf einen Teil des Wertes der belasteten Sache vermitteln; solche Rechte, die auf eine Leistung des Eigentümers der belasteten Sache gehen.

35) vgl. *Leemann*, Kommentar 1925, N 6 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

36) *Liver*, Kommentar 1951, N 5 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB, nennt diese zweite Gruppe *Wertrechte*. Gleich auch *Haab*, Kommentar 1929, N 56 der Einleitung zum Sachenrecht.

37) Siehe Anm. 35, N 7; ferner *Butterfass*, S. 2; *Tuor*, S. 390 und 500.

38) *Haab*, Kommentar 1929, N 56 der Einleitung zum Sachenrecht; siehe ferner *Leemann*, Kommentar 1925, N 6 und 7 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

39) *Liver*, Kommentar 1951, N 61 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; allgemeiner *Haab*, Kommentar 1929, N 59 der Einleitung zum Sachenrecht.

40) Die unter aa folgenden Zitate sind *Liver*, Kommentar 1951, N 60 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB, entnommen.

41) Für die ganze Gliederung vgl. auch *Tuor*, S. 515/516; für die erste Unterteilung (Grunddienstbarkeiten - persönliche Dienstbarkeiten) siehe auch *Pfister*, S. 326.

Grundstück dienstbar gemacht. Man spricht von subjektiv-dinglichen Rechten, weil die Berechtigung mit dem Eigentum am herrschenden Grundstück verknüpft ist ⁴².“

aab. „Persönliche Dienstbarkeiten. Sie stehen einer individuell bestimmten Person als solcher (nicht der Person als dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstückes) zu ⁴³.“

aaba. „Als eigentliche Personaldienstbarkeiten sind sie mit der Person des Berechtigten unlösbar verbunden (subjektiv-persönliche Rechte), also nicht vererblich und nicht übertragbar ⁴⁴.“ Dazu gehören:

aabaa. Nutzniessung ⁴⁵, geregelt in ZGB Art. 745 ff.

aabab. Wohnrecht, geregelt in ZGB Art. 776 ff.

aabb. „Als irreguläre Personaldienstbarkeiten sind sie mit der Person des Berechtigten nicht unlösbar verbunden, sondern können vererblich und übertragbar sein.“

aabba. „Das Baurecht und das Quellenrecht sind vererblich und übertragbar, wenn es nicht anders vereinbart ist.“

aabbb. „Die ‚andern Dienstbarkeiten‘ ⁴⁶, die den gleichen Inhalt haben können wie die Grunddienstbarkeiten, aber zugunsten einer beliebigen Person oder Gemeinschaft bestellt sind, sind vererblich und übertragbar, wenn dies vereinbart ist.“

ab. Die Grundpfandrechte: Wir können uns bei den Pfandrechten auf die Grundpfandrechte beschränken, weil, wie man sich vielleicht noch erinnert, nur von den eintragungsfähigen dinglichen Rechten gesprochen wird. Doch auch die Grundpfandrechte sollen hier mehr der Vollständigkeit wegen genannt sein. Sollte es sich ergeben, dass sie bei der Sicherung des Bestandes und Betriebes von Fernheizwerken eine entscheidende Rolle zu spielen in der Lage sind, so wird selbstverständlich an anderer Stelle näher auf sie eingegangen werden müssen. Immerhin seien hier einige wichtige Momente kurz genannt:

42) dazu *Gierke*, Sachenrecht, S. 101; *Huber*, S. 37.

Pfister, S. 327, spricht von den Grunddienstbarkeiten und den persönlichen Dienstbarkeiten als von der subjektiv-dinglichen und der subjektiv-persönlichen Form desselben Rechtes.

43) dazu auch *Huber*, S. 12.

44) vgl. *Gierke*, Sachenrecht, S. 101.

45) *Pfister*, S. 325/326, will die Nutzniessung von den Dienstbarkeiten unterschieden wissen, was dem dargestellten System widerspricht. Richtig ist, wenn er die Nutzniessung von der Grunddienstbarkeit und auch von den irregulären Personaldienstbarkeiten unterscheidet.

Auch *Schatzmann*, S. 40/41, verpönt den Dienstbarkeitsbegriff, der die Nutzniessung mitumfasst, und legt seinen Ausführungen einen engeren Dienstbarkeitsbegriff zugrunde.

So wie hier dagegen *Tuor*, S. 523/524, der die Nutzniessung die ‚unbeschränkte persönliche Dienstbarkeit‘ nennt (unbeschränkt nicht auf die Sachherrschaft, sondern auf den Genuss bezogen).

46) Anm. des Verf.: *Tuor*, S. 530, nennt nur sie irreguläre Dienstbarkeiten; vgl. auch *Leemann*, Kommentar 1925, N 1 zu Art. 781 ZGB.

Die Pfandrechte tendieren auf eine eventuelle Verwertung der Sache. „Die damit verbundenen wirtschaftlichen Zwecke sind: *Sicherung von Forderungen* und *Schaffung von Kredit*. Es kommt daher für das Pfandrecht der *Tauschwert* der Sache in Betracht⁴⁷.“

ac. Die Grundlasten: Die Grundlasten können als Realgrundlasten oder als Personalgrundlasten⁴⁸ errichtet werden, je nachdem ob der Berechtigte als Eigentümer eines Grundstückes oder individuell bezeichnet wird. Nach der herrschenden Meinung sind diese beschränkten dinglichen Rechte eher zu den Wertrechten, zu den dinglichen Haftungsrechten, zu zählen.

b. Lockerung des *numerus clausus*: Der oben genannte *numerus clausus*, die ‚geschlossene Zahl‘ der beschränkten dinglichen Rechte, wird dadurch, dass die Grunddienstbarkeiten⁴⁹ und die irregulären Personaldienstbarkeiten „jede beliebige Benutzung des belasteten Grundstückes in bestimmter Hinsicht zum Gegenstand haben“⁵⁰ können, wenn nicht geradezu illusorisch, so doch stark gelockert. — Dagegen ist bei der Grundlast⁵¹ und den drei Pfandrechtsformen⁵¹ das Prinzip des *numerus clausus* verwirklicht. Auch bei der Nutzniessung⁵¹ und beim Wohnrecht⁵² (innerhalb der Dienstbarkeiten) ist dies der Fall. Das Bau- und das Quellenrecht haben zwar einen gesetzlich festgelegten Inhalt, jedoch können sie „sowohl als persönliche Dienstbarkeiten als auch als Grunddienstbarkeiten begründet“⁵³ werden.

B. Die vorgemerkten persönlichen Rechte

1. *Wesen und Wirkung*: Dem Wesen nach bleiben die vorgemerkten persönlichen Rechte persönliche Rechte⁵⁴. In ihrer Wirkung jedoch sind sie den beschränkten dinglichen Rechten angenähert⁵⁵. Die vorgemerkten persönlichen Rechte haben, „ohne ihren Charakter zu ver-

47) Schwander, S. 15/16; vgl. auch Segesser, S. 23.

48) Liver, Kommentar 1951, N 61 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; Tuor, S. 534; Haab, Kommentar 1929, N 58 der Einl. zum Sachenrecht; Leemann, Kommentar 1925, N 7 zu Art. 782; Hägi, S. 62.

49) „Ihrem Inhalt ist der weiteste Rahmen gesetzt und der hängt, abgesehen von den Dienstbarkeiten, die aus Nachbarrecht entstehen, von der Parteivereinbarung ab.“ so Burdet, S. 9; vgl. auch Huber, S. 38.

50) Liver, Kommentar 1951, N 65 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils der ZGB; auch Buser, S. 10: Die beschränkten dinglichen Rechte, in ihrer Gesamtheit gesehen, können jeden möglichen Inhalt in mannigfacher Weise enthalten; vgl. auch Huber, S. 56; Schatzmann, S. 11; Pfister, S. 331.

51) Schatzmann, S. 11; Liver, Kommentar 1951, N 64 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

52) Liver, a. a. O., N 64.

53) siehe Anm. 52.

54) vgl. Heer, S. 18, und die dort angeführte Literatur und Judikatur.

55) Leemann, Kommentar 1925, N 8 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

lieren, lediglich die Besonderheit, dass ihnen gegenüber nicht vorgemerkten Rechten insofern verstärkte Wirkungen zukommen, als nicht nur der ursprüngliche Vertragskontrahent, sondern jeder Eigentümer des Grundstückes, auf welches das Recht sich bezieht, verpflichtet ist und die Realexekution durch eine Abschwächung der Publizitätswirkung des Grundbuches sichergestellt wird⁵⁶.“ *Tuor*⁵⁷ spricht von einer dinglichen Teilwirkung, die gewisse, ihrem Wesen nach bloss obligatorische Rechte, durch die Vorbemerkung erlangen können.

2. *numerus clausus der vormerkbaren persönlichen Rechte*. Wenn wir früher gesehen haben, dass ein *numerus clausus* der ins Grundbuch aufnehmbaren Rechte besteht, so muss sich diese ‚geschlossene Zahl‘ auch auf die vormerkbaren persönlichen Rechte erstrecken. Und in der Tat, das Gesetz zählt diese Rechte abschliessend auf⁵⁸. Ein näheres Eingehen⁵⁹ auf diese Rechte aber erübrigt sich für uns, weil sie ganz offenbar für unser Unterfangen nicht in Frage kommen.

C. Die selbständigen und dauernden Rechte:

*Huber*⁶⁰ sagt dazu: Wenn „nun die Dienstbarkeitsberechtigung nicht mit einem herrschenden Grundstück und auch nicht ausschliesslich mit einer bestimmten Person verbunden ist, *Wenn sie dem Berechtigten mithin als selbständiges und dauerndes Recht zusteht*, dann gewinnt diese Berechtigung einen ganz andern Charakter. Dann tritt sie als vererblich und veräusserlich in den Verkehr wie ein eigenes Grundstück ein, und in diesem Falle kann man dem Berechtigten gestatten, *dass er sein Recht in das Grundbuch aufnehmen lasse*. Eine solche Aufnahme, wobei das Recht zu einer besonderen Grundbuchnummer wird, schafft alsdann *ein besonderes Grundeigentumsobjekt*, und damit ist die Teilung des Eigentums vollzogen⁶¹.“ Von diesen ‚Rechten, die zu Grundstücken werden können‘, interessiert uns nur das Baurecht. Dieses kann also, wenn es selbständig, d. h. „wenn es weder zugunsten eines herrschenden Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet ist⁶²“, und dauernd⁶³ ist, als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen werden.

56) *Haab*, Kommentar 1929, N 54 der Einl. zum Sachenrecht; vgl. auch *Heer*, S. 19/20; *Gradl*, S. 85/86; *Leemann*, Vormerkung, S. 12/13; *Pfeiffer*, S. 3.

57) *Tuor*, S. 501; gleich auch *ders.*, S. 528.

58) *Buser*, Baupolizeirecht, S. 91; gleich auch *Hitzig*, S. 366; vgl. ferner *Huber*, S. 38; *Tuor*, S. 501; *Früh*, S. 6 und 7.

59) Aufzählungen der einzelnen Rechte finden sich bei *Heer*, S. 2 ff.; *Früh*, S. 7; *Tuor*, S. 501; *Pfeiffer*, S. 12.

60) *Huber*, S. 13.

61) vgl. auch *Pfister*, S. 328; *Segesser*, S. 47.

62) *Leemann*, Kommentar 1925, N 30 zu Art. 779 ZGB.

II. Eigentumsverhältnisse an den Heizungsanlagen

Es scheint mir nicht abwegig, wenn hier in diesem einleitenden Paragraphen festgehalten wird, wie die Eigentumsverhältnisse bei der ganzen Heizungsanlage liegen. Wenn wir nämlich im Folgenden vor allem von beschränkten dinglichen Rechten sprechen werden, so ist dabei vorausgesetzt, dass die Eigentumsverhältnisse abgeklärt sind.

A. Die Feuerungsanlage:

Die Feuerungsanlage wird sich im Normalfalle, samt dem Grundstück, auf dem sie sich befindet, im Eigentum des Wärmelieferanten befinden. Denkbar aber wäre auch, dass diese Anlage im Baurecht erstellt ist; dass also das Grundstück, auf dem sich die Anlage für die Erzeugung der Wärme befindet, einen andern Eigentümer hat als die Anlage selbst.

B. Die Leitungen bis zum Empfängergrundstück:

Schon die gesetzliche Vermutung⁶⁴ des Art. 676 ZGB geht dahin, dass Leitungen ausserhalb des Grundstückes, dem sie dienen⁶⁵, im Eigentum des Werkeigentümers stehen und als Zugehör⁶⁶ des Werkes, von dem sie ausgehen⁶⁷, behandelt werden⁶⁸. Wo jedoch „keine Dienstbarkeit“⁶⁹ zugunsten des Werkeigentümers auf dem Durchleitungsgrundstück besteht⁷⁰, bildet die Leitung Bestandteil des Durchleitungsgrundstückes⁷¹.“

In den allermeisten Fällen⁷² werden also die Verhältnisse so geregelt sein, dass der Werkeigentümer Eigentümer auch der Leitungen (der Leitungen bis zum Eintritt in das Empfängergrundstück) ist.

63) vgl. Anm. 62; Verordnung des Bundesrates betreffend das Grundbuch, vom 22. Februar 1910, Art. 7 Ziff. 2.

64) so auch *Leu*, S. 73.

65) Hauptleitungen, Transitleitung, siehe *Leu*, S. 74.

66) darüber *Brodbeck*, S. 502/503 zu Art. 644 ZGB; ferner auch *Weiss*, Sammlung 1928, Nr. 2076 und 2078; *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 4355.

67) *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 4617: „Art. 676 ZGB betrifft nur Leitungen, die von einem Werk ausgehen und als dessen Zugehör betrachtet werden können.“

68) vgl. auch *Bruggmann*, S. 86; *Segesser*, S. 60.

69) Anm. des Verf.: vgl. *Leu*, S. 74/75; *Bruggmann*, S. 86.

70) Anm. des Verf.: Wenn die Leitung äusserlich wahrnehmbar ist, so besteht die Dienstbarkeit ohne Eintrag im Grundbuch (Art. 676 Abs. 3 ZGB); der Abschluss eines schriftlichen Vertrages bleibt jedoch auch in einem solchen Falle Voraussetzung für die Errichtung der Dienstbarkeit, siehe *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 4622.

71) *Brodbeck*, S. 533 zu Art. 676 ZGB (= BGE 48 I 448); gleich auch *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 4620.

72) siehe *Huber*, Unternehmenszugehör, S. 43.

C. Die Anlagen auf dem Empfängergrundstück

1. *Die engern Anschlussleitungen:* Gemeint sind damit die Leitungen im Empfängergrundstück, nicht aber im zu beheizenden Gebäude. Diese Leitungen⁷³ sind, wenn nichts anderes darüber verabredet worden ist, Bestandteile des Empfängergrundstückes⁷⁴, also im Eigentum des Wärmeempfängers. Durch Abrede⁷⁵ können aber auch sie Zugehör des Werkes werden, von dem sie ausgehen und damit im Eigentum des Werkeigentümers stehen. Dieser letztere Fall ist bei Fernheizungsanlagen die Regel.

2. *Die Hausinstallationen:* Damit sind die Leitungen und Radiatoren gemeint, die sich in dem zu beheizenden Gebäude befinden. Diese Anlagen sind Bestandteile⁷⁶ des Gebäudes. Sie stehen deshalb im Eigentum des Grundeigentümers, also des Wärmeempfängers.

III. Möglichkeiten einer Dauersicherung:

Um zunächst die Grundlinien festzuhalten, soll vorerst noch abgesehen werden von Kombinationen verschiedener Möglichkeiten. Sieht man aber von solchen Kombinationen ab, so drängt sich eine Zweiteilung der Möglichkeiten auf, und zwar nach dem Kriterium, wo, auf welcher Seite der Beteiligten, die Belastung, bzw. die Berechtigung sich befindet.

A. Belastet ist die Lieferantenseite:

1. *Personalgrundlast* zu Lasten des Lieferungsgrundstückes, zu Gunsten des Empfängers mit dem Inhalt, dass der jeweilige Eigentümer der Feuerungsanlage (des Lieferungsgrundstückes) verpflichtet sei, dem Wärmeempfänger dauernd Wärme zu liefern⁷⁷.

a. Handelt es sich bei einer solchen Abmachung um eine eigentliche Personalgrundlast, die unvererblich und unübertragbar ist, so ist Folgendes zu bemerken: die Interessen des Lieferanten sind damit nicht gewahrt. Er (oder ein nachfolgender Eigentümer des Lieferungsgrundstückes, der Feuerungsanlage) kann und muss nur den in der Abmachung bezeichneten Eigentümer beliefern. Wechselt das Empfängergrundstück

73) sie gehören nicht zu den in ZGB Art. 676 erwähnten Leitungen, vgl. Weiss, Sammlung 1951, Nr. 4619.

74) so auch Bruggmann, S. 86.

75) vgl. Leu, S. 81; ausführlich Weiss, Sammlung 1951, Nr. 4618.

76) über Bestandteilseigenschaft Brodtbeck, S. 498 zu Art. 642 ZGB; Weiss, Sammlung 1928, Nr. 2067 und 4341; Segesser, S. 50/51; BGE 76 II 30.

77) Bekanntlich besteht die Grundlastleistung in einer positiven Leistung; Leemann, Kommentar 1925, N 1 der Vorbemerkungen zum dritten Abschnitt des 21. Titels des ZGB und N 25 und 26 zu Art. 782 ZGB; Hägi, S. 62.

den Eigentümer, so kann der Lieferant (oder sein Nachfolger) den neuen Eigentümer des Empfängergrundstückes nicht automatisch beliefern.

Die Interessen des *Empfängers* sind nur teilweise gewahrt. Er selber ist zwar gesichert (er wird von jedem Eigentümer des Lieferungsgrundstückes Wärme geliefert bekommen); ein neuer Eigentümer des Empfängergrundstückes steht aber in gar keiner Beziehung (ausser der des tatsächlichen Anschlusses seiner Liegenschaft an die Fernheizung) zum Lieferungsgrundstück, zum Lieferanten.

Weder die Interessen des Lieferanten noch des Empfängers wären also gesichert. Ein dauernder Bestand und Betrieb der Fernheizungsanlage wäre nicht gewährleistet.

b. Handelt es sich um eine irreguläre Personalgrundlast⁷⁸, die vererblich und übertragbar ist, so ist Folgendes zu bemerken: Die Interessen des *Lieferanten* sind nicht geschützt, weil es ganz vom Verhalten des Empfängers abhängt, ob auch ein neuer Eigentümer des Empfängergrundstückes mit Wärme beliefert werden kann. Den Interessen des *Empfängers* ist insofern Rechnung getragen, als es in seine Hand gegeben ist, den Bestand und Betrieb der Fernheizung auf die Dauer auszudehnen. Als nachfolgender Grundlastberechtigter kommt aber immer nur ein neuer Eigentümer des Empfängergrundstückes in Betracht (das geht aus der Natur der Sache hervor). Speziell für solche Verhältnisse stellt jedoch das Gesetz andere Möglichkeiten zur Verfügung.

2. *Realgrundlast* zu Lasten des Lieferungsgrundstückes, zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Empfängergrundstückes mit dem Inhalt, dass der jeweilige Eigentümer der Feuerungsanlage (des Lieferungsgrundstückes) verpflichtet sei, dem jeweiligen Eigentümer des Empfängergrundstückes dauernd Wärme zu liefern.

Dazu ist zu sagen: aus dieser Abmachung geht einerseits das Recht jedes Eigentümers des Empfängergrundstückes auf die Lieferung der Wärme hervor, andererseits die Pflicht jedes Eigentümers der Feuerungsanlage, Wärme zu liefern. Eine solche Sicherung lässt sicherlich für die Empfängerseite nichts zu wünschen übrig, weil ihr nur Rechte erwachsen. Um so ungenügender aber ist eine solche Sicherung für die Lieferanten-seite, die nur mit Pflichten bedacht ist. Was kann ein Lieferant dagegen tun, wenn ein Empfänger erklärt, er verzichte auf sein Recht?

Sicher werden durch eine solche Abmachung die beiden beteiligten Grundstücke in Bezug auf die sie verbindende Anlage zu einer Einheit

78) vgl. *Tuor*, S. 534: „Für die *privatrechtlichen* Grundlasten gibt es eine ähnliche *Einteilung* wie bei den Dienstbarkeiten. Entweder stehen sie einer bestimmten Person zu, *Personalgrundlasten*, Personalrechte, oder dem jeweiligen Eigentümer eines herrschenden Grundstückes, *Realgrundlasten*, Realrechte. Vom Standpunkt des Berechtigten aus heissen diese letzteren auch Grundgerechtigkeiten. — Das Personalrecht gehört, sei es einer natürlichen, sei es einer juristischen Person, es kann wie die persönlichen Dienstbarkeiten strenge an eine bestimmte Person gebunden oder aber veräusserlich und vererblich sein.“; auch *Auer*, S. 71.

verbunden; diese Verbindung aber ist nur eine einseitig bindende, nämlich eben für die Lieferantenseite. Die gute Lösung für die Empfängerseite im Auge behaltend, werden wir in § 13⁷⁹ auf diese Möglichkeit näher eintreten.

3. *Persönliche Dienstbarkeit* zu Lasten des Lieferantengrundstückes, zu Gunsten des Empfängers mit dem Inhalt, dass der jeweilige Eigentümer der Feuerungsanlage verpflichtet sei, den Betrieb dieser Anlage⁸⁰ dauernd zu dulden.

a. Handelt es sich bei einer solchen Abmachung um eine eigentliche persönliche Dienstbarkeit (unvererblich und unübertragbar), so ist mit ihr weder den Interessen des Lieferanten noch des Empfängers gedient. Der Empfänger hat sich zwar die Möglichkeit, seine Wärme durch die Fernheizungsanlage zu beziehen, gesichert, aber nur für sich allein. Ein neuer Eigentümer des Empfängergrundstückes hat keinen Anspruch auf die Duldung des Betriebes der Feuerungsanlage. Die Interessen des Lieferanten sind überhaupt nicht gesichert.

b. Handelt es sich bei einer solchen Abmachung um eine als vererblich und übertragbar bestellte Dienstbarkeit, so ist der Lieferant in seinen Interessen wiederum nicht geschützt. Für den Empfänger genügt diese Sicherung, denn er hat die Möglichkeit, durch die Fernheizung dauernd Wärme zu beziehen, und er hat es auch in der Hand, die Berechtigung aus der Dienstbarkeit einem neuen Eigentümer des Empfängergrundstückes zu übertragen.

Als nachfolgender Dienstbarkeitsberechtigter kommt jedoch immer nur ein Eigentümer des Empfängergrundstückes in Betracht. Für solche Verhältnisse speziell stellt jedoch das Gesetz andere Möglichkeiten zur Verfügung.

4. *Grunddienstbarkeit* zu Lasten des Lieferungsgrundstückes, zu Gunsten des Eigentümers des Empfängergrundstückes des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer der Feuerungsanlage gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Empfängergrundstückes verpflichtet sei, den Betrieb dieser Anlage dauernd zu dulden.

Die wünschbare Verbindung der beteiligten Grundstücke ist so erreicht⁸¹. Jedoch genügt auch eine solche Regelung für sich allein nicht, weil der Bestand und Betrieb der Fernheizung damit nicht auf die Dauer gesichert ist: die Lieferantenseite ist nur belastet, auf *ihre* Interessen ist in keiner Weise Rücksicht genommen. Die Sicherung genügt nur solange,

79) S. 120 ff.

80) Dass das Betreiben der Anlage eine Benutzung des belasteten Grundstückes darstellt, darf wohl angenommen werden. Eine Benutzung kann den Inhalt einer Dienstbarkeit ausmachen. vgl. *Liver*, Kommentar 1951, N 65 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB und N 1 zu Art. 730 ZGB; *Schatzmann*, S. 40/41; siehe hinten, S. 106 ff.

81) denn die Rechte und Pflichten „werden durch das Eigentum an jedem Grundstück vermittelt“, *Leemann*, Kommentar 1925, N 1 zu Art. 730 ZGB.

als der jeweilige Empfänger bereit ist, sein Recht auszuüben. Wir werden darauf in § 12⁸² näher eingehen.

5. *Baurecht*: Die Feuerungsanlage ist sicher ein Bauwerk im Sinne von ZGB Art. 779. Es liesse sich deshalb vielleicht eine Sicherung im Sinne eines Baurechts denken, und zwar in verschiedener Weise:

- a. Baurecht als Grunddienstbarkeit⁸³: Ihr Inhalt⁸⁴ wäre etwa: der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes darf die Feuerungsanlage beibehalten.
- b. Baurecht als (reine) Personaldienstbarkeit⁸⁵: Sie würde etwa lauten: der Empfänger X darf die Anlage beibehalten.
- c. Baurecht als selbständiges und dauerndes Recht⁸⁶: Ein solches Recht wäre weder zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Empfängergrundstückes, noch ausschliesslich zu Gunsten einer individuell bestimmten Person errichtet.

All diese Möglichkeiten fallen aber deshalb ausser Betracht, weil der Bauberechtigte kraft dieser dinglichen Rechte Eigentum⁸⁷ an den auf dem belasteten Grundstück errichteten Bauten erlangt. Somit wäre der Empfänger sein eigener Lieferant und könnte deshalb nicht mit sich selber einen Wärmelieferungsvertrag abschliessen.

6. *Vormerkung* des Rechtes auf Bezug von Wärme (Vormerkung der Wärmelieferungspflicht). Eine solche Möglichkeit könnte nur in Betracht kommen, wenn sie vom Gesetz vorgesehen⁸⁸ wäre. Das aber ist nicht der Fall.

82) S. 106 ff.

83) ist nach *Liver*, Kommentar 1951, N 14 zu Art. 730 ZGB, nur möglich, wenn „durch ihre Ausübung das belastete Grundstück nicht jeder Benutzung durch den Eigentümer (gemeint ist bei uns der Eigentümer des Lieferungsgrundstückes) entzogen wird, ...“; nach *Christen*, S. 36 und *Mayr von Baldegg*, S. 38 und 50, kommt ein solches Baurecht eher selten vor; vgl. auch *Landesplanung*, Baurecht, S. 18 und ausführlich *Brandenburger*, S. 60/61.

84) Der Inhalt des Baurechts ist durch die Umschreibung in Art. 779 ZGB gegeben: das Recht, auf fremdem Boden ein Bauwerk zu halten; vgl. *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 5022; *Landesplanung*, Baurecht, S. 13, *Haab*, Kommentar 1933, vor N 5 zu Art. 675 ZGB.

85) *Brandenburger*, S. 74, nennt es ‚das einfache Baurecht‘; es kommt nach *Mayr von Baldegg*, S. 36, selten in Betracht; vgl. ferner *Leemann*, Kommentar 1925, N 49 zu Art. 779 ZGB; *Haab*, Kommentar 1933, N 2 zu Art. 675 ZGB.

86) dazu *Huber*, S. 13/14: ein solches Recht kann als Grundstück behandelt werden; was dazu genau erforderlich ist, siehe bei *Segesser*, S. 47; ein solches Recht wird „den Normen über das Grundeigentum unterworfen“, *Brandenburger*, S. 61.

Nicht nur das Baurecht, sondern jedes eintragungsfähige Herrschaftsrecht an einem Grundstück, kann, sofern es selbständig und dauernd ist, als Grundstück behandelt werden. Ausgeschlossen sind nur die zwingend unübertragbaren Rechte; so *Auer*, S. 71.

87) *Leemann*, Kommentar 1925, N 1 zu Art. 779 ZGB; *Haab*, Kommentar 1933, N 8 zu Art. 675 ZGB; *Hitzig*, S. 356; *Leemann*, Stockwerkseigentum, S. 354/355; *Landesplanung*, Baurecht, S. 13 und 19.

88) *Tuor*, S. 501; *Früh*, S. 6/7; *Hitzig*, S. 366; *Pfeiffer*, S. 12 ff.; *Leemann*, Kommentar 1925, N 8 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

B. Belastet ist die Empfängerseite

1. *Personalgrundlast* zu Lasten des Empfängergrundstückes, zu Gunsten des Lieferanten mit dem Inhalt, dass der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes verpflichtet sei, dem Lieferanten dauernd die aus dem Wärmelieferungsvertrag sich ergebenden Geldzahlungen⁸⁹ zukommen zu lassen.

a. Handelt es sich um eine eigentliche Personalgrundlast, so sind dadurch weder die Interessen des Lieferanten noch diejenigen des Empfängers gesichert. Ein nachfolgender Eigentümer des Lieferantengrundstückes könnte nicht automatisch diese Geldleistungen verlangen. Die Sicherung würde nur solange funktionieren, als der Lieferant derjenige ist, mit dem die Grundlast errichtet wurde. Zudem ist der Empfängerseite absolut keine Gewähr dafür geboten, dass der Lieferant nicht plötzlich seine Lieferung einstellt. Der dauernde Bestand ist also nicht, auch nicht annähernd, gesichert.

b. Handelt es sich um eine irreguläre Personalgrundlast, die vererblich und übertragbar ist, so wäre die Sicherung für die Lieferantenseite genügend, denn der Lieferant hat es in der Hand, auch seinem Nachfolger die Rechte auf die Zahlungen zu übertragen. Für die Empfängerseite jedoch bliebe die gleiche Unsicherheit wie vorhin.

2. *Realgrundlast* zu Lasten des Empfängergrundstückes, zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Lieferungsgrundstückes mit dem Inhalt, dass der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes verpflichtet sei, dem jeweiligen Eigentümer des Lieferungsgrundstückes die aus dem Wärmelieferungsvertrag sich ergebenden Zahlungen zukommen zu lassen.

Für die Lieferantenseite liesse diese Sicherung nichts zu wünschen übrig, denn solange Wärme geliefert wird, solange kann der Lieferant diese Zahlungen von jedem Eigentümer⁹⁰ des Empfängergrundstückes beanspruchen.

Die Interessen der Empfängerseite wären jedoch nicht berücksichtigt, denn diese gehen nicht nur darauf, nicht *mehr* Wärme zu bezahlen, als bezogen wurde, sondern vor allem darauf, dauernd Wärme geliefert zu erhalten. Dieses letzte Moment ist aber nicht berücksichtigt.

Auch diese Lösung genügt so, für sich allein, den aktuellen Interessen nicht. Die Verbindung von Grundstück zu Grundstück, wie sie sich aus der Natur der Sache ergibt, ist nur einseitig hergestellt. Wir werden auf diese Möglichkeit unter § 13 näher zu sprechen kommen.

3. *Persönliche Dienstbarkeit* zu Lasten des Empfängergrundstückes, zu Gunsten des Lieferanten, des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer des

89) Auch Geldzahlungen können den Inhalt einer Grundlast ausmachen, *Leemann*, Kommentar 1925, N 26 zu Art. 782 ZGB und N 3 zu Art. 785 ZGB; *Brodbeck*, S. 600 zu Art. 782 ZGB; *Hitzig*, S. 62.

90) denn dieser wird ohne weiteres Schuldner der Grundlast, *Leemann*, Kommentar 1925, N 1 zu Art. 792 ZGB.

Empfängergrundstückes verpflichtet sei, den Betrieb der Fernheizung zu dulden.

Auch diese Lösung führt, aus ähnlichen Erwägungen heraus, wie sie unter A 1., A 3. und B 1.⁹¹ angestellt wurden, zu nichts.

4. *Grunddienstbarkeit* zu Lasten des Empfängergrundstückes, zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Lieferantengrundstückes, des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes dem jeweiligen Eigentümer der Feuerungsanlage gegenüber verpflichtet sei, den Betrieb der Anlagen auf dem Empfängergrundstück dauernd zu dulden.

In Bezug auf die Berücksichtigung der Interessen wären ähnliche Erwägungen anzustellen, wie vorhin bei der Realgrundlast⁹² und weiter vorn unter A 2. und A 4.⁹³. Für sich allein genügt auch eine solche Abmachung nicht. Weil aber die wesentliche Verbindung der beteiligten Grundstücke wenigstens einseitig verwirklicht ist, wird auch hievon unter § 12 näher die Rede sein.

5. *Baurecht* zu Lasten des Empfängergrundstückes, zu Gunsten des Lieferanten (oder des Eigentümers des Lieferungsgrundstückes, oder nicht ausschliesslich zu Gunsten einer individuell bestimmten Person) des Inhalts, dass der Lieferant (der Baurechtsberechtigte) das Recht habe, die im Empfängergrundstück befindlichen Heizungsanlagen beizubehalten.

Eine solche Lösung ist aber deshalb nicht möglich, weil eine solche Heizungsanlage Bestandteil des Gebäudes ist, in dem sie sich befindet; an Bestandteilen⁹⁴ allein ist aber ein Baurecht nicht errichtbar.

6. *Vormerkung* des Rechtes, Wärme zu liefern (der Wärmebezugs-pflicht), ist nicht möglich, weil so etwas im Gesetz nicht vorgesehen⁹⁵ ist.

C. Andere Möglichkeiten

1. Grundpfand:

a. Der Lieferant kann unter Konventionalstrafe verpflichtet sein, die Rechte und Pflichten aus dem Wärmelieferungsvertrag einem nachfolgenden Eigentümer des Lieferungsgrundstückes zu übertragen⁹⁶. Diese

91) S. 98, 100, 102.

92) S. 102.

93) S. 99, 100.

94) *Christen*, S. 40: „Immer muss das Bauwerk einen selbständigen Eigentumsgegenstand für sich bilden können; darf also nicht Bestandteil eines andern Bauwerks sein.“; speziell für unsern Fall der Fernheizung *Leemann*, S. 291; nicht so klar auch *Brandenburger*, S. 67/68.

95) siehe oben, Anm. 88.

96) *Leemann*, Kommentar 1925, N 43 zu Art. 730 ZGB: „Dagegen besteht die Möglichkeit, persönliche Verpflichtungen, die also eine dingliche Grundlage weder als Dienstbarkeiten, noch als Grundlasten, noch durch Vormerkung er-

Konventionalstrafe wird durch Grundpfandverschreibung⁹⁶ pfandrehtlich sichergestellt.

Wird diese Konventionalstrafe genügend hoch festgesetzt, so wird in praxi ein solches Vorgehen den Interessen des Empfängers weitgehend gerecht werden, obschon der Empfänger in Bezug auf die Wärmelieferung zunächst gar nichts gegen den neuen Eigentümer des Lieferungsgrundstückes unternehmen kann, wenn der Lieferant seiner Übertragungspflicht nicht nachkommt. Die Interessen des Lieferanten werden dagegen nicht berücksichtigt.

b. Der Empfänger kann unter Konventionalstrafe (grundpfandlich sichergestellt) verpflichtet sein, die Rechte und Pflichten aus dem Wärmelieferungsvertrag einem nachfolgenden Eigentümer des Empfängergrundstückes zu übertragen.

Wenn vorhin die Interessen des Lieferanten nicht berücksichtigt wurden, so sind es hier diejenigen des Empfängers, die ausser acht gelassen werden.

c. Eine Kombination dieser beiden unter a und b genannten Möglichkeiten würde meines Erachtens für den wirtschaftlichen Verkehr genügen und hätte zudem den Vorteil relativer Einfachheit: diese Sicherung würde in einer Vertragsklausel, die integrierender Bestandteil des Wärmelieferungsvertrages ist, bestehen und etwa so lauten: ‚Lieferant wie Empfänger sind verpflichtet, ihre Rechte und Pflichten aus dem Wärmelieferungsvertrag einem nachfolgenden Eigentümer ihrer Grundstücke zu übertragen. Bei Nichteinhaltung dieser Verpflichtung wird eine Konventionalstrafe von Fr. . . . geschuldet, die grundpfandlich sichergestellt ist.‘ Dazu kämen die für die Grundpfanderrichtung notwendigen Eintragungen im Grundbuch.

Der grosse Nachteil dieser Lösung ist aber wohl der, dass das Lieferungsgrundstück, das ja mit mehreren Empfängergrundstücken verbunden ist, mit diesen maximalen ‚Konventionalstrafengrundpfändern‘ überlastet würde. Das Funktionieren dieser Sicherung ist zudem nicht absolut sichergestellt, weil nur ein persönliches Recht so geschützt würde, dass die Folgen der Vertragsverletzung, die Schadenersatzforderung, grundpfandlich sichergestellt würde. Das aber ist nicht das, was in unserm Zusammenhange anzustreben ist: eine direkte dingliche Sicherung.

halten können, *indirekt* erhöhten Schutz zu verschaffen in folgender Gestalt: Der Berechtigte lässt sich vom Gegenkontrahenten die *Übertragung der Verpflichtung auf einen allfälligen neuen Erwerber des Grundstückes* gegen eine *Konventionalstrafe* versprechen und für die Konventionalstrafe auf dem Grundstück eine *Grundpfandverschreibung* (Art. 824 ff.) eintragen.“

vgl. dazu auch Auer, S. 69, Anm. 6; Schatzmann, S. 13.

2. Miteigentum

a. Miteigentum am Lieferungsgrundstück: *Leemann*⁹⁷ schlägt vor, für den Fall, dass die Heizzentrale auf einem besondern Grundstück installiert ist, dass dieses Grundstück in Miteigentum⁹⁸ zerlegt werden solle; die Miteigentumsanteile würden mit dem Eigentum an den Empfängergrundstücken verbunden⁹⁹ (subjektiv-dinglich); auf den Empfängergrundstücken sollen Grunddienstbarkeiten⁹⁹ zu Gunsten des Lieferantengrundstückes¹⁰⁰ (Duldung der Anlagen, Tragung der Kosten) errichtet werden.

Eine solche Lösung wird aber aus verschiedenen Gründen ausserordentlich selten anzutreffen sein:

- aa. In kleinern Verhältnissen wird in den allermeisten Fällen die Heizzentrale sich in einem der beteiligten Gebäude befinden, und dann kommt diese Lösung auch nach *Leemann* nicht in Betracht.
- ab. In grossen Verhältnissen, wo die Heizzentrale eine eigentliche Fabrik darstellt, die Dutzende, ja Hunderte von Abnehmern mit Wärme versorgt, wird sich der Lieferant kaum finden lassen, der einer Teilung seines Grundstückes in Miteigentumsteile beistimmen würde. Sein Grundstück ist zwar wirtschaftlich mit den Empfängergrundstücken verbunden; es stellt aber meines Erachtens trotzdem ein selbständiges Verkehrsobjekt dar (wenn wenigstens eine genügende Sicherung des dauernden Betriebes ausserhalb des Miteigentums erreicht werden kann).
- ac. Die Fernheizungsanlage ist zwar eine Vorrichtung, die allen Beteiligten gemeinsam dient; dass aber deshalb, vor allem in grossen Verhältnissen, von einer „gemeinschaftlichen Vorrichtung“, wie *Leemann*¹⁰¹ das tut, gesprochen wird, scheint mir zu weit zu gehen. Vielmehr stehen sich Lieferant und Empfänger klar getrennt gegenüber, und auch die einzelnen Empfänger sind klar auseinanderzuhalten.
- ad. Betont man aber trotzdem den gemeinschaftlichen Charakter der Vorrichtungen (der Fernheizanlagen) und operiert mit Miteigen-

97) *Leemann*, S. 290.

98) über das Wesen des Miteigentums vgl. *Leemann*, Gemeinschaftsrecht, S. 101; *Leder*, S. 11 ff. und dortige Zitate.

99) über diese Konstruktion siehe *Liver*, Kommentar 1951, N 19 der Einleitung zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

100) nicht zu Gunsten der Miteigentumsanteile, sondern des in Miteigentum stehenden Lieferungsgrundstückes, denn eine Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines Miteigentumsanteils ist nach *Liver*, Kommentar 1951, N 22 zu Art. 730 ZGB, nur möglich, „wenn jedem Miteigentümer ein Teil der gemeinsamen Sache in räumlicher Abgrenzung zu ausschliesslicher Nutzung zugemessen ist.“; *Wiederkehr*, S. 12, verneint überhaupt die Möglichkeit der Errichtung einer Grunddienstbarkeit zu Lasten eines Miteigentumsanteils.

101) *Leemann*, S. 290 und 292.

tum¹⁰², so verschiebt sich meines Erachtens die ganze Problematik ins Vereins- oder Gesellschaftsrecht. Die Gesamtheit der Miteigentümer des Lieferungsgrundstückes (= die Gesamtheit der Empfänger) beliefert dann den einzelnen Empfänger.

Aus all diesen Gründen werden wir uns im Folgenden nicht weiter mit einer solchen Möglichkeit befassen.

b. Miteigentum am Empfängergrundstück: Auch eine solche Möglichkeit liesse sich denken, dass nicht die Empfänger, sondern der Lieferant Miteigentümer wäre, und das an den Empfängergrundstücken, denn auch die Empfängergrundstücke dienen, vom Standpunkte des Lieferanten aus, hauptsächlich dem wirtschaftlichen Bedürfnis des Lieferungsgrundstückes¹⁰³.

Aus ähnlichen Gründen wie vorhin soll auch diese Möglichkeit nicht weiter verfolgt werden.

§ 12. Grunddienstbarkeiten im besondern

I. Einleitung: Allgemeines

Eine zusammenhängende Darstellung der Grunddienstbarkeiten gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Einige einleitende Bemerkungen sind jedoch angezeigt.

A. Träger der Rechte und Pflichten:

Im vorhergehenden Paragraphen haben wir in grossen Zügen gesehen, dass die Grunddienstbarkeiten geeignet sind, eine wenigstens einigermaßen befriedigende Sicherung des Bestandes und Betriebes der Fernheizung herbeizuführen. In jenem Zusammenhange ist hauptsächlich berücksichtigt worden, dass bei einer Grunddienstbarkeit sich immer ein herrschendes und ein dienendes Grundstück gegenüberstehen, dass also immer die jeweiligen Eigentümer der beteiligten Grundstücke berechtigt und verpflichtet sind. Dies geht direkt aus ZGB Art. 730 Abs. 1 hervor und wird in der Literatur¹ immer wieder betont.

102) Von Miteigentum könnte dann wohl nicht mehr gesprochen werden, weil es nur da besteht, wo die Gemeinschaft, die Personenverbindung fehlt, so *Haab*, Grundbuchrecht, S. 310/311; *Guhl*, Gesamthandsverhältnisse, S. 3; *Leder*, S. 5 f.

103) Nicht nur das Lieferungsgrundstück dient den Bedürfnissen der Empfängergrundstücke, wie *Leemann*, S. 290, das hervorhebt.

1) so *Butterfass*, S. 2; *Schwander*, S. 22; *Hägi*, S. 62; *Leemann*, Kommentar 1925, N 8 und 11 zu Art. 730 ZGB.

B. Inhalt der Grunddienstbarkeit:

Weniger Beachtung fand dagegen in den vorhergehenden Ausführungen der Inhalt der Grunddienstbarkeiten. Das soll hier, zunächst allgemein angedeutet und unter II und III weiter ausgeführt, nachgeholt werden.

1. Hauptinhalt:

a. vom Standpunkte des Belasteten aus: Der Hauptinhalt der Grunddienstbarkeit stellt nach ZGB Art. 730 Abs. 1 für den Belasteten immer ein Negativum² dar³, ein „bestimmte Eingriffe sich gefallen lassen“ oder ein „nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben dürfen“, ein Dulden oder ein Unterlassen, wie es in der Literatur⁴ genannt wird. Es muss sich bei dieser Beschränkung des Eigentumsrechtes „um eine Beschränkung des Eigentumsrechtes in seiner Benutzung handeln, also um eine Beschränkung des dinglichen Rechtsbestandes⁵.“ Handelt es sich um ein Dulden des Belasteten, so spricht man von affirmativen Dienstbarkeiten⁶, handelt es sich um ein Unterlassen, von negativen⁷ Dienstbarkeiten.

2) *Tuor*, S. 519; Die Stellung des Belasteten ist eine passive, *Schwander*, S. 11 und 52.

3) „Die Nutzung von Vorteilen, die nur durch das Tätigwerden“ des Belasteten geboten werden kann, ist als Hauptinhalt ausgeschlossen, *Burdet*, S. 9; vgl. auch *Schatzmann*, S. 41. Es ist dies der wesentliche Unterschied zur Grundlast, *Leemann*, Kommentar 1925, N 2 zu Art. 730 ZGB.

4) *Schwander*, S. 30, umschreibt das wie folgt: „Entweder duldet der Dienstbarkeitspflichtige Eingriffe in die Sphäre seines Eigentums, welche Eingriffe er als Eigentümer nicht zu dulden brauchte, oder er verzichtet auf die Ausübung von Handlungen, die er als Eigentümer vorzunehmen berechtigt wäre.“; vgl. ferner *ders.*, S. 33 und 52; *Liver*, Kommentar 1951, N 4 zu Art. 730 ZGB; *Leemann*, Kommentar 1925, N 2, 16 und 18 zu Art. 730 ZGB; *Leemann*, Grundlasten, S. 33; *Müller*, Grunddienstbarkeiten, S. 8; *Schönberg*, S. 123; *BGE* 78 II 26/27.

5) *Auer*, S. 69; ähnlich *Schwander*, S. 31/32: Diese Beschränkung kann sich „nur auf die eigentumsrechtlichen Gebrauchsbefugnisse erstrecken.“ Deshalb sind Verfügungs- und Veräusserungsbeschränkungen und Grunddienstbarkeiten, die auf Beschränkung der persönlichen oder gewerblichen Freiheit gehen, unzulässig; vgl. auch *Burdet*, S. 13; *Müller*, Grunddienstbarkeiten, S. 11; *Pfister*, S. 350; *Schatzmann*, S. 45; *Leemann*, Kommentar 1925, N 20 zu Art. 730 ZGB; *Hägi*, S. 62.

Auch durch eine negative Dienstbarkeit (siehe nachfolgend Anm. 7) „wird der Eigentümer in der tatsächlichen, jedoch nicht in der rechtlichen Verfügung über sein Grundstück beschränkt, ...“, *Leemann*, Kommentar 1925, N 18 zu Art. 730 ZGB; auch *Pfister*, S. 347 f. und eingehend S. 355.

6) auch positive Dienstbarkeiten genannt, *Liver*, Kommentar 1951, N 4 zu Art. 730; Beispiele bei *Leemann*, Kommentar 1925, N 16 und 17 zu Art. 730 ZGB; siehe auch *Pfister*, S. 345/346.

7) *Liver*, Kommentar 1951, N 4 zu Art. 730 ZGB; *Leemann*, Kommentar 1925, N 16 und 18 zu Art. 730 ZGB; *Huber*, S. 20; *Tuor*, S. 519; *Schatzmann*,

b. vom Standpunkte des Berechtigten aus: Vom Standpunkte des Berechtigten aus⁸ ist die Grunddienstbarkeit das „nach Inhalt und Umfang begrenzte, dingliche Recht der Benutzung eines andern Grundstückes“⁹. Wird in dieser Formulierung der Begriff des dinglichen Rechtes in seine Faktoren zerlegt, so ist die Grunddienstbarkeit das dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstückes zustehende, nach Inhalt und Umfang begrenzte¹⁰, unmittelbare¹¹ Sachherrschaft^{10, 12} mit Wirkung gegen jedermann¹² vermittelnde, Recht der Benutzung¹³ eines andern Grundstückes. Dabei schliesst die Benutzung „nicht nur den Gebrauch in sich, sondern auch jede andere Einwirkung auf den Gebrauch der belasteten Sache zum Nutzen des Berechtigten“¹⁴. Jede beliebige Benutzung¹⁵ des belasteten Grundstückes in bestimmter Hinsicht kann Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein¹⁶. Die früher verlangten Erfordernisse¹⁷ der Utilität¹⁸ für das herrschende Grundstück, der *causa perpetua* und der *Vicinität* hat unser ZGB unberücksichtigt¹⁷ lassen.

S. 43; Pfister, S. 344 und 347; Hägi, S. 61/62; Beispiele bei Burdet, S. 13; Beispiele dazu auch bei Leemann, a. a. O., N 20 f.

8) Schwander, S. 11, nennt das die aktive Seite der Dienstbarkeit.

9) Liver, Kommentar 1951, N 1 zu Art. 730 ZGB; vgl. auch ders., N 56 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

10) auch Butterfass, S. 1; Die Herrschaftsbefugnis, die die Grunddienstbarkeit gewährt, kann nur eine partielle sein, Leemann, Kommentar 1925, N 3 zu Art. 730 ZGB; siehe auch Müller, Grunddienstbarkeiten, S. 10; Pfister, S. 344.

11) Burdet, S. 9, hebt die Unmittelbarkeit der Nutzung noch speziell hervor; ebenso Schatzmann, S. 40/41.

12) siehe dazu § 11 I A, S. 90/91.

13) Deshalb gehören die Dienstbarkeiten zu den Gebrauchs- und Nutzungsrechten, die „eine Herrschaft über die Sache, das Recht, auf die Sache in bestimmter Weise einzuwirken (Nutzung und Gebrauch)“ gewähren, Butterfass, S. 2; auch Leemann, Kommentar 1925, N 6 der Einleitung zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB. Es ist, nach Schwander, S. 15, die „physische Benutzung einer Sache“, die den Gegenstand der Dienstbarkeit bildet.

14) Liver, Kommentar 1951, N 58 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; ders., a. a. O.: Auch die Ausübung der negativen Dienstbarkeiten, welche den Eigentümer der Sache zu einer Unterlassung verpflichten, fallen unter diese Benutzung, „da man vom Dienstbarkeitsberechtigten, der zu seinem Nutzen so auf das Grundstück einwirkt, dass von diesem in bestimmter Weise nicht Gebrauch gemacht wird, wohl sagen kann, er benutze dieses Grundstück.“

15) Liver, Kommentar 1951, N 56 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; auch ders., a. a. O., N 10 der Vorbemerkungen zum 1. Abschnitt des 21. Titels des ZGB; Der gesetzliche Rahmen ist sehr weit, Leemann, Grundlasten, S. 33; Schatzmann, S. 11; Auer, S. 69; Burdet, S. 9; Buser, S. 10; Pfister, S. 331.

Als einzige Einschränkung wird oft genannt, dass ein schutzwürdiges Interesse dem Inhalt der Grunddienstbarkeit zu Grunde liegen müsse, Butterfass, S. 5; Burdet, S. 13; Hägi, S. 62; Pfister, S. 332; Schatzmann, S. 46 f.; Schönberg, S. 126.

16) „Die Zahl der einzelnen Grunddienstbarkeiten ist nicht geschlossen.“, Liver, Kommentar 1951, N 65 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; vgl. auch Pfister, S. 346.

Über den Zweck dieser weiten Fassung des Grunddienstbarkeitsbegriffes durch den Gesetzgeber vgl. Liver, Kommentar 1951, N 7 der Vorbemerkungen zum 1. Abschn. des 21. Titels des ZGB.

2. Nebeninhalt:

In ihrem Hauptinhalt kann die Grunddienstbarkeit nicht auf eine Nutzung gehen, die nur durch das Tätigwerden des Belasteten geboten werden kann¹⁹; jedoch kann nach Abs. 2 von ZGB Art. 730 eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen nebensächlich²⁰ mit dem Hauptinhalt verbunden²¹ werden. Eine solche Verpflichtung kann „nur Inhalt einer Obligation sein“²²; dadurch aber, „dass dieses obligatorische Recht gegenüber jeder Person, welche in diese sachenrechtliche Beziehung zur Sache (gemeint ist vor allem das Eigentum an der belasteten Sache) tritt, insbesondere gegenüber jedem Dritterwerber der Sache, durchgesetzt werden kann, erhält es eine Wirkung, die insoweit derjenigen des dinglichen Rechtes entspricht“²³.

Solche Verpflichtungen²⁴ zu einem Tun des Belasteten bei der Grunddienstbarkeit dürfen *nicht* „die *alleinige*“^{24a} oder doch die *hauptsächliche Belastung*^{24a} des Grundstücks²⁵ ausmachen, sie sollen „lediglich die Ausübung der Dienstbarkeit ermöglichen“²⁶ oder fördern^{26, 27}.“ Für die

17) *Leemann*, Kommentar 1925, N 2 der Vorbemerkungen zum 1. Abschn. des 21. Titels des ZGB und N 26 zu Art. 730 ZGB; ferner *Pfister*, S. 337; *Schatzmann*, S. 39.

18) dazu speziell *Burdet*, S. 11/12; *Butterfass*, S. 5; *Schwander*, S. 22/23; *Hitzig*, S. 363.

19) siehe Anm. 3; ferner *Liver*, Kommentar 1951, N 148 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB: das dingliche Recht, als unmittelbare Sachherrschaft, lässt solches nicht zu; *Pfister*, S. 361/362: Die Dienstbarkeit ist durch die in ZGB Art. 730 Abs. 2 eröffnete Möglichkeit kein reines dingliches Recht mehr; *Schatzmann*, S. 9 und 49; *Butterfass*, S. 3.

20) *Leemann*, Kommentar 1925, N 2 der Vorbemerkungen zum 1. Abschn. des 21. Titels des ZGB und N 31 zu Art. 730 ZGB.

21) *Schatzmann*, S. 12 und 53.

22) *Liver*, Kommentar 1951, N 148 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

23) siehe Anm. 22; auch *Leemann*, Kommentar 1925, N 35 zu Art. 730 ZGB; *BlZR*, Bd. 24 (1925) Nr. 1, S. 5.

24) sie können „in den Inhalt der Grunddienstbarkeit unmittelbar mit aufgenommen werden.“, *Leemann*, Kommentar 1925, N 33 zu Art. 730 ZGB.

Das begründete Recht bleibt ein einziges Grunddienstbarkeitsrecht, *ders.*, a. a. O., N 34 zu Art. 730 und N 6 zu Art. 741 ZGB; dazu auch *Schwander*, S. 34/35; *Schatzmann*, S. 9/10 und 53; *Hitzig*, S. 364; *Huber*, S. 60; *Pestalozzi*, S. 19.

Pfister, S. 329, spricht von „formeller Einheit“ und S. 362/363, von „formeller Akzessorietät“; ähnlich *Tuor*, S. 520; *Schatzmann*, S. 53 (auf S. 10 ist bei ihm die Rede von „juristischer Schicksalsgemeinschaft“).

24a) vom Verf. hervorgehoben.

25) *Leemann*, Kommentar 1925, N 31 zu Art. 730 ZGB.

26) Anm. des Verf.: vgl. auch *Brodtbeck*, S. 580 zu Art. 730 ZGB (= BGE 45 II 394); *Hitzig*, S. 363/364, denkt besonders an Unterhaltungspflichten; ferner *Müller*, Grunddienstbarkeiten, S. 36; *Pfister*, S. 364; *Tuor*, S. 520.

27) *Leemann*, Kommentar 1925, N 33 zu Art. 730 ZGB; *Schwander*, S. 34, spricht von „Erleichterung oder besserer Ermöglichung der Ausübung der Dienstbarkeit“; *Schatzmann*, S. 54, von der Förderung und Erleichterung der Ausübung der Dienstbarkeit.

„Nebensächlichkeit“²⁸ „kommt es nicht auf die ökonomische Bedeutung²⁹ dieser Handlung für die Parteien an; das Gesetz will vielmehr Handlungen überall als Gegenstand der Servitut zulassen, wo sie *neben* den in Art. 730 Abs. 1 ZGB genannten Gegenständen auftreten“³⁰.“ Unter der „Nebensächlichkeit“ ist also nicht „wirtschaftliche Bedeutungslosigkeit“^{30a} zu verstehen, sondern untergeordnete Bedeutung im Verhältnis zum Hauptinhalt³¹.“ Der Hauptinhalt darf nicht in einer solchen Abhängigkeit vom Nebeninhalt sein, dass ersterer ohne den letzteren keinen Sinn und Zweck hätte³². „Die Leistungspflicht darf nicht Hauptzweck des Vertrages sein“³³, und das Hauptinteresse³⁴ darf nicht auf die Leistungspflicht gerichtet sein³⁵.

In Bezug auf die Haftung für die Erfüllung dieser Pflicht zu einem Tun gehen die Meinungen auseinander. Die herrschende Ansicht³⁶ geht aber dahin, dass der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstückes nur persönlich haftet.

II. Grunddienbarkeit zu Lasten des Lieferungsgrundstückes:

Wenn wir den ersten Absatz von ZGB Art. 730 auf diesen Fall abwandeln, so bietet sich folgendes Bild: Das Lieferungsgrundstück ist zum Vorteil des Empfängergrundstückes in der Weise belastet, dass der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes sich bestimmte Eingriffe des jeweiligen Eigentümers des Empfängergrundstückes gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf.

Von dieser Umschreibung können wir mit Bestimmtheit sagen, dass die Dienbarkeit, mit der wir uns hier beschäftigen, von ihr erfasst

28) nach *Huber*, S. 60, wird eine Verpflichtung zum Handeln nicht nur nebensächlich, sondern auch nur *ausnahmsweise* mit dem Hauptinhalt verbunden.

29) Anm. des Verf.: *Pestalozzi*, S. 19, dagegen bemerkt, dass die Leistungspflicht „wirtschaftlich nur als Nebensache erscheinen darf“; *ders.*, S. 20 ff., will zudem die Nebensächlichkeit vom Standpunkte des Belasteten aus beurteilt wissen; anders *Pfister*, S. 363, und *Schatzmann*, S. 53.

30) *Brodbeck*, S. 580 zu Art. 730 ZGB (= BGE 38 II 457); gleich auch *Weiss*, Sammlung 1928, Nr. 2474.

30a) Anm. des Verf.: nebensächlich heisst nicht geringfügig, *BIZR* Bd. 24 (1925) Nr. 1, S. 4.

31) *Pfister*, S. 363; *Schatzmann*, S. 53 umschreibt das so: „Der Nebeninhalt muss im Verhältnis zum Hauptinhalt von wirtschaftlich untergeordneter Bedeutung sein.“

32) *Pfister*, S. 364/365.

33) *Pfister*, S. 363.

34) des Berechtigten, nach *Schatzmann*, S. 54.

35) siehe vorhergehende Anmerkung.

36) *Brodbeck*, S. 580/581 zu Art. 730 ZGB (= BGE 50 II 234); *Leemann*, Kommentar 1925, N 35 zu Art. 730 ZGB; *Schatzmann*, S. 54 f.; anders *Pestalozzi*, S. 24, der eine Haftung wie bei der Grundlast annimmt.

werden muss. Mit dieser Formulierung ist jedoch lediglich erreicht, dass wir die Verteilung der Rechte und Pflichten klar vor uns sehen; in Bezug auf den Inhalt der Grunddienstbarkeit dagegen ist nicht mehr ausgesagt, als was aus ZGB Art. 730 Abs. 1 ersichtlich ist.

A. Hauptinhalt:

Das ‚sich bestimmte Eingriffe gefallen lassen‘ oder ‚sein Eigentumsrecht nach gewissen Richtungen nicht ausüben dürfen‘ in Art. 730 ZGB stellt den Hauptinhalt jeder Grunddienstbarkeit dar³⁷. Aus praktischen und rechtlichen Erwägungen heraus wollen wir feststellen, was in unserm Zusammenhange als Inhalt der Dienstbarkeit in Frage kommen könnte und untersuchen, ob sich auf diesem Wege die Sicherung des Bestandes und Betriebes der Fernheizung auf die Dauer verwirklichen lässt.

1. Möglichkeiten:

Die Frage, die wir uns an dieser Stelle vorlegen, ist die: Was lässt sich praktisch vorstellen, das der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes duldet oder unterlässt zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Empfängergrundstückes, um die Interessen des Empfängers zu sichern?

- a. Der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes ist verpflichtet, die Feuerungsanlage der Fernheizung auf seinem Grundstück zu dulden.
- b. Der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes ist verpflichtet, den Betrieb der Feuerungsanlage der Fernheizung zu dulden.
- c. Der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes ist verpflichtet, den Bezug von Wärme aus seinem Grundstück zu dulden.
- d. Der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes ist verpflichtet, sein Grundstück dem gegenwärtigen Zwecke nicht zu entfremden.

Praktische Erwägungen zu diesen Punkten führen zu einer Reduktion der Möglichkeiten:

— Wenn wir uns vergegenwärtigen, was mit der dritten Möglichkeit gemeint sein kann, mit der Duldung des Bezuges von Wärme, so muss das, wenn es wenigstens einen Sinn haben soll, doch heissen, der Empfänger könne auch Wärme beziehen, wenn der Lieferant seine Anlagen nicht betreibt. Will aber der Empfänger Wärme beziehen, so muss er in einem solchen Falle auch die Anlagen betreiben, und diese dritte Möglichkeit ist also mit der zweiten identisch. Wäre sie nicht identisch, dann müsste der Sinn der dritten Möglichkeit *der* sein, dass der Empfänger Wärme

37) siehe vorn, S. 107.

beziehen darf, solange der Lieferant die Feuerungsanlage betreibt. Wird die Anlage durch den Lieferanten aber nicht betrieben, so könnte der Empfänger auch keine Wärme beziehen. Das aber ist ja gerade das, wogegen sich der Empfänger schützen möchte; es ist unwahrscheinlich, dass einem Empfänger der Bezug von Wärme verwehrt wird, solange die Feuerungsanlage betrieben wird (vorausgesetzt, dass der Empfänger bereit ist, seinen eigenen Verpflichtungen nachzukommen).

— Die zweite Möglichkeit (die, wie gesehen, die dritte mitumfasst) verpflichtet den Eigentümer des Lieferungsgrundstückes, den Betrieb (wazu Heizung, Reparaturen, Wärmefortleitung u. a. m. gehören) der Feuerungsanlage zu dulden. Dadurch wird dem Empfänger Gelegenheit geboten, dauernd Wärme aus der Fernheizungsanlage zu haben, denn er kann jederzeit die Feuerungsanlagen selber betreiben. Praktisch wird das so gehandhabt werden, dass der Empfänger die Feuerungsanlagen *dann* selber betreibt, wenn der Lieferant es unterlässt, sie zu betreiben. Eine solche Sicherung liesse sich also durchaus denken. Doch bringt sie für den Empfänger, dem sie ja vor allem dient, nicht eine Sicherung seiner Interessen in dem Sinne, als er nicht dauernd Wärme geliefert bekommt, sondern nur die Möglichkeit hat, dauernd Wärme von der Fernheizung zu haben. Der Empfänger muss unter Umständen selbst Hand dazu bieten, die Wärme ‚herzustellen‘ und fortzuleiten, was angesichts der Mehrheit von Empfängern, die zugleich in dieselbe Lage kommen können (und in der Regel auch kommen würden), nicht ein sehr wünschenswerter Effekt ist. Gegenüber dem Lieferanten könnte theoretisch zudem eine solche Lösung, so absolut gefasst, insofern zu Unbilligkeiten führen, als er den Betrieb der Feuerungsanlage durch den Empfänger auch dulden müsste, wenn er selber bereit wäre, sie zu betreiben.

— Versteht man unter der ersten Möglichkeit die Verpflichtung des Lieferanten zur Duldung seiner eigenen Anlagen (was allein in Frage kommt, vgl. unter 2. nachfolgend), so sichert sie, nur für sich allein, die Interessen des Empfängers in keiner Weise, denn damit, dass der Lieferant seine Anlagen dauernd dulden muss, ist dem Empfänger noch in keiner Weise geholfen.

2. Rechtliche Erwägungen:

a. Würde es sich bei der ersten der genannten Möglichkeiten um die Duldung der Anlagen des Empfängers handeln, so läge ein Baurecht vor. Mit dieser Möglichkeit haben wir uns aber nicht näher zu befassen³⁸.

b. Als Zweck des Lieferungsgrundstückes, bei der vierten Möglichkeit, müsste doch wohl die Belieferung fremder Grundstücke mit Wärme angesprochen werden. Diese Möglichkeit wäre also nur die negative

38) siehe § 11 III A, S. 101.

Umschreibung der Pflicht zu einem positiven Handeln. Eine solche Abmachung ist aber als Hauptinhalt einer Grunddienstbarkeit unzulässig³⁹.

c. Die vorhin bei der zweiten Möglichkeit erwähnte Unbilligkeit gegenüber dem Lieferanten lässt sich auch nicht durch Aufnahme einer Suspensivbedingung im Grundbuch, des Inhalts, dass der Lieferant nur den Betrieb zu dulden habe, wenn er selber die Anlagen nicht betreibe, wegschaffen, weil bedingte Eintragungen⁴⁰ unzulässig sind. Sonst jedoch⁴¹ ist gegen diese Möglichkeit nichts einzuwenden.

3. Ergebnis:

Durch eine Grunddienstbarkeit zu Lasten des Lieferungsgrundstückes lässt sich der Bestand und Betrieb der Fernheizung vom Standpunkte des Empfängers aus sichern, nämlich mittels der Pflicht zur Duldung des Bestandes und Betriebes der Feuerungsanlage. Doch ist eine solche Sicherung ungenügend, wenn wir uns an die Interessen des Empfängers^{41a} erinnern: der Empfänger möchte dauernd beliefert werden, nicht nur die Möglichkeit haben, sich (eventuell selber) dauernd Wärme zu beschaffen.

B. Nebeninhalt:

Als Nebeninhalt der Grunddienstbarkeit kann eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen mit dem Hauptinhalt verbunden⁴² werden (ZGB Art. 730 Abs. 2).

1. Möglichkeiten:

Wenn wir uns fragen, was für Handlungen der Lieferant überhaupt vorzunehmen verpflichtet sein könnte, so steht im Vordergrund die Lieferung der Wärme. Daneben ist auch zu denken an Unterhaltungspflichten.

Als Hauptinhalt haben wir unter A vorhin gelten lassen, dass der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes verpflichtet sei, den Bestand und Betrieb der Feuerungsanlage zu dulden. Zum Betrieb der Feuerungsanlage gehört auch, wie wir gesagt haben, die Fortleitung der

39) *Liver*, Kommentar 1951, N 11/11 zu Art. 730 ZGB; *Schatzmann*, S. 49/50.

40) dazu *Butterfass*, S. 66; *Buser*, S. 95; *Schatzmann*, S. 12; Kreisschreiben des zürcherischen Obergerichts, in *BlZR* Bd. 50 Nr. 29, S. 48.

41) denn die Benutzung „kann sich auf alles beziehen, was nach dem Akzessionsprinzip zum Grundstück gehört, also auch auf künstliche Anlagen“, wie es die Feuerungsanlagen sind, *Pfister*, S. 345.

41a) *vorn*, S. 23 f.

42) siehe *vorn*, S. 109/110.

Wärme. Es liesse sich somit nicht vorstellen, rein praktisch, wie der Lieferant neben der Duldung des Betriebes der Feuerungsanlage (als Hauptinhalt der Grunddienstbarkeit) seiner Verpflichtung zur Lieferung der Wärme (Nebeninhalt) nachkommen könnte.

2. Rechtliche Erwägungen:

a. Der Verpflichtung zur Lieferung von Wärme kann also, neben der Pflicht zur Duldung des Betriebes der Feuerungsanlage, vom praktischen Standpunkte aus nicht nachgekommen werden. Die Verpflichtung zur Lieferung von Wärme kann aber auch vom rechtlichen Gesichtspunkte aus nicht als Nebeninhalt der schon mehrmals erwähnten Grunddienstbarkeit bestellt werden. Als Nebeninhalt sollte diese Verpflichtung zur Lieferung der Wärme die Ausübung der Dienstbarkeit lediglich ermöglichen oder fördern⁴³. Davon kann aber keine Rede sein, den Haupt- und Nebeninhalt, wie wir sie jetzt vor uns haben, lassen sich gar nicht nebeneinander denken; es ist vielmehr so, dass der Lieferant entweder Wärme liefert oder aber den Betrieb der Feuerungsanlage duldet.

b. Eine Unterhaltspflicht so, dass der Lieferant verpflichtet wäre, die Feuerungsanlagen in betriebsbereitem Zustande zu erhalten, auch wenn er sie nicht selber betreibt, wäre denkbar, denn nach ZGB Art. 741, der nicht zwingender Natur⁴⁴ ist, könnte dem Belasteten diese Pflicht auferlegt werden, obgleich normalerweise der Berechtigte die Kosten für den Unterhalt zu tragen hat⁴⁵.

3. Ergebnis:

Als Nebeninhalt kommen, weil die Feuerungsanlagen auch den Interessen des Belasteten dient⁴⁶, Unterhaltspflichten des Lieferanten in Betracht.

Wichtiger aber in diesem Zusammenhange ist, dass nach ZGB Art. 741 Abs. 2 der Empfänger der Wärme einen Teil der Unterhaltskosten zu tragen hat. Ob darunter allerdings die Gegenleistung für die gelieferte Wärme fallen kann, erscheint mehr als fraglich. Der genannte Artikel spricht von einer Vorrichtung, die zur Ausübung der Dienstbarkeit

43) siehe Anm. 26 und 27 und Text dazu.

44) „Diese Bestimmung ist jedoch *nicht zwingender Natur*. Vielmehr ist auch hier zunächst die Parteiabrede massgebend, durch die die Lasten beliebig, unabhängig von dem Interesse, verteilt werden können, ...“, *Leemann*, Kommentar 1925, N 2 zu ZGB Art. 741; vgl. auch *Schwander*, S. 226.

45) *Leemann*, Kommentar 1925, N 1 zu Art. 741 ZGB.

46) Beachte aber Anm. 44.

gehört und die auch den Interessen des Belasteten dient. Eine solche Vorrichtung ist ohne Zweifel die Feuerungsanlage bei der Fernheizung. Dass aber die Gegenleistung für die Wärmelieferung nicht zum Unterhalt dieser Vorrichtung gehört, erhellt aus folgendem: nehmen wir einen einfachen Fall, wo zur Ausübung der Dienstbarkeit eine Strasse gehört. Zum Unterhalt dieser Vorrichtung gehört, dass sie in fahrbarem Zustande erhalten wird. Gleich ist es auch bei unserer Vorrichtung, bei der Feuerungsanlage: zum Unterhalt gehört, dass sie in betriebsbereitem Zustande erhalten wird. Nur was zu diesem Erhalten in betriebsbereitem Zustande gehört, fällt unter die Kosten für den Unterhalt, die zum Teil vom Empfänger getragen werden müssen.

C. Ergebnisse:

Wir haben gefunden, dass eine Grunddienstbarkeit zu Lasten des Lieferungsgrundstückes, des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes verpflichtet sei, den Bestand und Betrieb der Feuerungsanlage zu dulden, wobei die Unterhaltskosten für diese Anlagen von den Parteien gemeinsam getragen werden, praktisch denkbar und rechtlich möglich ist. Diese Lösung hat uns aber vor allem insofern nicht befriedigt — abgesehen von der nur einseitigen Sicherung —, als der Hauptinhalt dieser Dienstbarkeit den Interessen des Empfängers nur teilweise Rechnung trägt.

Leemann schlägt für den Fall, da sich die Heizungsanlage in einem der beteiligten Grundstücke befindet, diese von uns als unbefriedigend bezeichnete Lösung⁴⁷ vor. Diese Ansicht mag für kleine Verhältnisse vertretbar sein, weil in solchen Fällen tatsächlich das Moment⁴⁸, dass die Heizungsanlage den Interessen aller beteiligten Eigentümer dient, im Vordergrund steht. Bei den Fernheizungen aber, wie sie heute in den meisten Fällen vorkommen, tritt dieses Moment in den Hintergrund; im Vordergrund steht das Kaufverhältnis, bei dem sich die Parteien als Käufer und als Verkäufer, als Empfänger und als Lieferant gegenüberstehen. Für solche Fälle erscheint uns, nach den gemachten Ausführungen, diese Lösung als unbefriedigend.

III. Grunddienstbarkeit zu Lasten des Empfängergrundstückes:

Gleich wie vorhin unter II, muss sich auch diese Dienstbarkeit in folgendem Rahmen befinden: Das Empfängergrundstück ist zum Vorteil des Lieferungsgrundstückes in der Weise belastet, dass der jeweilige

47) siehe vorn, § 10 I A, S 85/86.

48) Dieses Moment ist für *Leemann*, S. 291, Spalte 2, Ziff. 4, der grundlegende Ausgangspunkt.

Eigentümer des Empfängergrundstückes sich bestimmte Eingriffe des jeweiligen Eigentümers des Lieferungsgrundstückes gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf.

A. Hauptinhalt

1. Möglichkeiten:

Fragt man auch hier, was sich praktisch vorstellen lässt, das der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Lieferungsgrundstückes duldet oder unterlässt, um die Interessen des Lieferanten zu sichern, so ist anzuführen:

- a. Der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes ist verpflichtet, die auf seinem Grundstück sich befindenden Heizungsanlagen zu dulden.
- b. Der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes ist verpflichtet, den Betrieb der auf seinem Grundstücke befindlichen Heizungsanlagen zu dulden.
- c. Der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes ist verpflichtet, die Lieferung von Wärme zu dulden.
- d. Der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes unterlässt es, die benötigte Wärme von anderswoher zu beziehen als vom Lieferanten.

Will man unter der dritten Möglichkeit die Pflicht zur Abnahme der Wärme verstehen, so ist sie mit der vierten identisch, und beide lassen sich auch positiv so umschreiben, dass der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes verpflichtet sei, die benötigte Wärme vom jeweiligen Eigentümer des Lieferungsgrundstückes zu beziehen.

Will man aber unter der dritten Möglichkeit die Pflicht zur Duldung der Zuleitung der Wärme verstehen, so ist sie in der zweiten Möglichkeit enthalten, denn unter Duldung des Betriebes ist alles zu verstehen, wozu nicht der Eigentümer des Empfängergrundstückes durch positive Handlung beitragen muss, also vor allem Zuleitung der Wärme, Ausführung von Reparaturen und ähnliches mehr.

Ist mit der ersten Möglichkeit gemeint, dass der Empfänger seine eigenen Anlagen beibehalten muss (vgl. nachfolgend unter 2.), so ist damit dem Lieferanten in keiner Weise geholfen.

Die zweite Möglichkeit, in Verbindung mit der ersten, also Duldung des Bestandes und Betriebes der Heizanlagen auf dem Empfängergrundstück, soweit der Empfänger keine positiven Handlungen vornehmen muss (d. h. Duldung der Zuleitung bis dahin, wo die Hausinstallationen von den Zuleitungsröhren trennbar sind), bietet dem Lieferanten die Möglichkeit, dem angeschlossenen Grundstück dauernd Wärme zuzuleiten.

Die Zuleitung liegt im üblichen Rahmen dessen, was der Lieferant normalerweise tun muss (es tritt nicht eine Umkehrung der normalen Sachlage ein, wie unter II dieses Paragraphen). Doch ist damit dem Lieferanten insofern nicht geholfen, als er keine Sicherung hat für die erwartete Zahlung des Kaufpreises für die zugeleitete Wärme.

2. Rechtliche Erwägungen:

a. Unter Duldung der Anlagen (erste Möglichkeit) kann nur verstanden werden, dass der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes verpflichtet ist, seine eigenen Anlagen beizubehalten, denn wenn es sich um die Anlagen des Lieferanten handeln würde, läge ein Baurecht vor; ein solches aber ist an Bestandteilen von Gebäuden⁴⁹ nicht möglich.

b. Die Pflicht, die Wärme nicht anderswoher zu beziehen als vom Lieferanten (vierte Möglichkeit), wäre keine Pflicht zur Unterlassung von Handlungen, „die den nach Art. 730 Abs. 1 geforderten Zusammenhang mit der Benutzung des Grundstückes aufweisen würden. Es würde nicht eine Verpflichtung zur Unterlassung der Benutzung des belasteten Grundstückes in dem Sinne in Frage stehen, wonach der Eigentümer sein Eigentum im Sinne des Art. 641 ZGB nach gewissen Richtungen nicht ausüben darf⁵⁰. Um eine Einwirkung auf das Grundstück selber würde es sich nicht handeln⁵¹.“ Es wäre die negative Umschreibung einer Bezugspflicht⁵². Solches aber ist als Hauptinhalt einer Grunddienstbarkeit nicht⁵³ zulässig.

c. Die Pflicht zur Duldung des Bestandes und Betriebes (erste und zweite Möglichkeit) verlangt vom Belasteten nur, zuzulassen, dass der Lieferant gewisse Einwirkungen auf das Grundstück des Empfängers vornehme. Der Empfänger hat nichts anderes zu tun, als diesen Einwirkungen nichts in den Weg zu legen; als diese Einwirkungen zu dulden. Das ist als Hauptinhalt einer Grunddienstbarkeit durchaus möglich.

49) siehe vorn, § 11 III B, S. 103.

50) Anm. des Verf.: es wäre nicht eine Einschränkung „der kraft des Eigentums erlaubten Handlungen“, die das Ziel jeder Grunddienstbarkeit ist, *Leemann*, Kommentar 1925, N 20 zu Art. 730 ZGB; siehe auch vorn, Anm. 3 dieses Paragraphen und Text dazu (S. 107).

51) *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 4932 (= Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden 1931, Nr. 60).

52) dazu *Burdet*, S. 13; ausführlich *Schatzmann*, S. 49 ff.

53) *Pfister*, S. 346, lehnt als Dienstbarkeitsinhalt ab: Bezug von Gas aus einem Gaswerk, Bezug von Milch von einem Bauernhof; in dem in Anm. 51 zitierten Entscheid wird der Bezug von elektrischer Energie als Dienstbarkeitsinhalt abgelehnt.

3. Ergebnis:

Was bleibt, ist eine Grunddienstbarkeit zu Lasten des Empfängergrundstückes, des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes verpflichtet ist, den Bestand und Betrieb der Heizanlagen auf dem Empfängergrundstück zu dulden. Diese Lösung für sich allein ist aber deshalb ungenügend, weil sie die Interessen des Lieferanten, denen sie vor allem dienen müsste, zu wenig berücksichtigt.

B. Nebeninhalt

1. Möglichkeiten:

Wenn wir uns fragen, was für Handlungen der Empfänger überhaupt zu Gunsten des Lieferanten vorzunehmen verpflichtet sein könnte, so steht im Vordergrund die Zahlung des Preises für die gelieferte Wärme. Zu denken ist ferner an die Pflicht zur Unterhaltung der Anlagen auf dem Empfängergrundstück und auch die Pflicht zum Bezuge von Wärme.

Praktisch würde das Letztere, die Pflicht zum Wärmebezug, den oben genannten Hauptinhalt umfassen, denn wenn ich Wärme beziehen muss, dann muss ich auch den Betrieb meiner Anlagen dulden (nicht aber umgekehrt, weil der Betrieb nur das umfasst, wozu ich keine Hand bieten muss).

2. Rechtliche Erwägungen:

a. Würde die Bezugspflicht neben den als zulässig erachteten Hauptinhalt gestellt, so läge es auf der Hand, dass sowohl für den Lieferanten als auch für den Empfänger sie die Hauptsache der Abmachung darstellen würde, ganz abgesehen davon, dass die Bezugspflicht den Hauptinhalt umfassen würde. Ein solcher ⁵⁴ Nebeninhalt einer Grunddienstbarkeit ist aber unzulässig.

b. Eine Unterhaltungspflicht ⁵⁵ so, dass der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes verpflichtet ist, seine Anlagen in betriebsbereitem Zustande zu erhalten, ist möglich, denn es handelt sich bei diesen Anlagen um Vorrichtungen, die hauptsächlich den Interessen des Belasteten dienen und ZGB Art. 741 lässt es zu, dass die Parteien darüber etwas anderes

54) Weiss (siehe Anm. 51) sagt so: „Die Bezugsverpflichtung kann auch nicht als nebensächliche Verpflichtung im Sinne des Art. 730 Abs. 2 ZGB angesehen werden, da sie — abgesehen von ihrem Charakter als Hauptinhalt — überhaupt nicht eine Pflicht mit dem Inhalt einer Leistung für den Eigentümer des belasteten Grundstückes darstellt.“

55) siehe vorn. Anm. 44 und 45 und Text dazu, S. 114.

als dort vorgesehen, abmachen. Die Zahlung des Kaufpreises wird jedoch auch hier nicht von dieser Unterhaltungspflicht umfasst, es sei denn, man wolle als Vorrichtung nicht die leeren Heizungsanlagen, sondern die mit dem Wärmeträger gefüllten Leitungen und Radiatoren betrachten; das geht aber deshalb nicht an, weil der Hauptinhalt ja gerade darauf geht, dass der Empfänger diese Füllung, soweit er keine Hand dazu bieten muss, dulden muss (der Betrieb der Anlagen erstreckt sich also im Sinne unserer Dienstbarkeit in der Regel nur bis zur Abschlusstelle der Zuleitung vom Fernheizwerk her).

c. Die Zahlung für die zugeleitete Wärme kann auch nicht für sich allein als Nebeninhalt der Grunddienstbarkeit auftreten, weil sie vom Standpunkte des Berechtigten aus die Hauptsache der Abmachung schlechthin darstellen würde und weil sie vom Standpunkte des Empfängers aus die hauptsächliche Belastung darstellen würde.

3. Ergebnis:

Als Nebeninhalt kommt nur in Frage eine Unterhaltungspflicht des jeweiligen Eigentümers des Empfängergrundstückes in dem Sinne, als er seine Heizungsanlagen in betriebsbereitem Zustande erhalten muss.

C. Ergebnis:

Wir haben gefunden, dass eine Grunddienstbarkeit zu Lasten des Empfängergrundstückes, des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes verpflichtet sei, den Bestand und Betrieb (sehr eingeschränkter Betrieb!) der Heizungsanlagen auf dem Empfängergrundstück zu dulden und seine Anlagen in betriebsbereitem Zustande zu erhalten, dass eine solche Dienstbarkeit praktisch denkbar und rechtlich möglich ist. Sie bietet aber keine befriedigende Lösung, weil der Lieferant zwar Wärme zuleiten darf, aber keinerlei Sicherung erhält dafür, dass die Wärme auch abgenommen und bezahlt wird.

§ 13. Grundlasten im besonderen

I. Einleitung: Allgemeines

A. Zum Wesen der Grundlast:

Die Grundlast¹ nimmt eine Mittelstellung² ein zwischen den Gebrauchs- und Nutzungsrechten einerseits und den Wertrechten³ anderseits⁴. Sie verschafft also dem Berechtigten einen gegenwärtigen Sachgenuss⁵, und sie unterwirft dem Berechtigten eine Sache in der Weise, dass er sich zur Erlangung einer Leistung an sie halten kann⁶. Es überwiegt jedoch der Wertrechtscharakter⁷, denn die wesentliche, „in einer unmittelbaren Sachherrschaft sich auswirkende Befugnis des Grundlastgläubigers“⁸ ist die, „sich Befriedigung aus dem Wert des Grundstückes zu verschaffen“⁹. Das Recht auf die Leistung dagegen, das Forderungsrecht¹⁰, „das praktisch den wesentlichen Inhalt der Grundlast ausmacht“¹¹, ist, „weil es keine unmittelbare Herrschaft über die Substanz der Sache gewährt“^{11a}, nur obligatorischer Natur¹². „Nur mangels frei-

1) Eine Definition findet sich z. B. bei *Leemann*, Kommentar 1925, N 1 der Vorbemerkungen zum 3. Abschn. des 21. Titels des ZGB.

2) *Haab*, Kommentar 1929, N 56 der Einleitung zum Sachenrecht; *Schönberg*, S. 130; „Als ein durch Sachhaftung gesichertes Nutzungsrecht nimmt die Grundlast eine Mittelstellung zwischen“ Pfandrechten und Dienstbarkeiten ein, *Schatzmann*, S. 62.

3) über die Annäherung der Grundlast an das Grundpfand vgl. *Tuor*, S. 533/534.

4) so auch *Mayr von Baldegg*, S. 67.

5) *Leemann*, Kommentar 1925, N 6 der Einleitung zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; *Schatzmann*, S. 62: „Primär geht die Grundlast auf eine Nutzung. Wenn sie auch keine direkte Einwirkung auf das Grundstück ermöglicht, so wird bei ihr doch zumeist die Nutzung aus dem belasteten Grundstück verschafft.“

6) *Leemann*, Kommentar 1925, N 7 der Einleitung zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

7) *Haab*, Kommentar 1929, N 56 der Einleitung zum Sachenrecht; *Schönberg*, S. 122.

8) *Liver*, Kommentar 1951, N 5 der Einleitung zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

9) siehe Anm. 8.

10) *Leemann*, Kommentar 1925, N 2 der Vorbemerkungen zum 3. Abschn. des 21. Titels des ZGB: Die Grundlast setzt sich aus zwei Elementen zusammen, aus „dem Forderungsrecht und dem Haftungsrecht“; vgl. auch *Tuor*, S. 532; Die positive Leistungspflicht ist nur mittelbar Gegenstand des dinglichen Rechtes, *Guhl*, persönliche Rechte, S. 93/94.

11) *Leemann*, Kommentar 1925, N 4 der Vorbemerkungen zum 3. Abschn. des 21. Titels des ZGB.

12) *Schatzmann*, S. 9, erklärt deshalb, dass die Reallast kein reines dingliches Recht sei, sondern „eine Mischung von obligatorischen und dinglichen Elementen“ (vgl. die dazu zitierte Literatur), doch bilden diese verschiedenen Elemente (S. 9/10) eine Einheit.

williger Befriedigung¹³ des Grundlastgläubigers tritt dessen Herrschaft am Grundstück in Aktion, in der Weise, dass sich der Berechtigte zwangsweise die Leistung aus dem Grundstück herausholen kann¹⁴.“ Es ist also nur dieser Teil der Grundlast, die Basis des Rechtes, dinglich¹⁵.

B. Beteiligte Parteien:

Wir sprechen in diesem Zusammenhange, das ergibt sich aus den in § 11 gemachten Ausführungen^{15a}, nur von den Realgrundlasten¹⁶, also von jenen Grundlasten, bei denen sowohl die Berechtigung¹⁷, als auch die Verpflichtung¹⁸ mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden ist. Berechtigt ist der jeweilige Eigentümer des Empfänger- bzw. Lieferungsgrundstückes, und verpflichtet ist der jeweilige¹⁹ Eigentümer des Lieferungs- bzw. Empfängergrundstückes. Diese Verbindung der Berechtigung und der Verpflichtung mit dem Grundstück war es, die uns in früheren Erwägungen²⁰ veranlasste, die Grundlast als für die Sicherung der Parteiinteressen beim Bestehen einer Fernheizung geeignet zu betrachten.

C. Die Grundlastleistung

1. Allgemein:

„Durch die Grundlast wird der jeweilige Eigentümer eines Grundstückes zu einer *Leistung an einen Berechtigten*²¹ verpflichtet, ...“ (ZGB Art. 782 Abs. 1). Im Unterschied²² zur Grunddienstbarkeit handelt es sich also hier nicht nur um ein Dulden oder Unterlassen, sondern um eine positive, einmalige oder periodische oder unregelmässig wieder-

13) Anm. des Verf.: nur, „wenn die geschuldete Leistung nicht ordnungsgemäss erbracht wird. Erst dann entsteht ein direktes Zugriffsrecht: im Wege der Zwangsvollstreckung kann sich der Grundlastgläubiger aus dem Grundstück befriedigen.“ *Schatzmann*, S. 63 oben.

14) siehe Anm. 11; auch N 9 a. a. O.

15) siehe Anm. 11; auch N 3 a. a. O.

15a) S. 98 ff. und 102.

16) vgl. Anm. 48 zu § 11 und Text dazu (S. 95).

17) Art. 782 Abs. 2 ZGB.

18) Art. 782 Abs. 1 ZGB.

19) Jeder Erwerber des belasteten Grundstückes wird, unter Entlassung des bisherigen Eigentümers, „ohne weiteres Schuldner der Grundlast“, *Leemann*, Kommentar 1925, N 1 zu Art. 792 ZGB; vgl. auch *Tuor*, S. 532.

20) siehe vorn, § 11 III A, S. 98 f.; § 11 III B, S. 102.

21) vom Verf. hervorgehoben.

22) dazu *Schwander*, S. 52; *Schatzmann*, S. 63/64; *Tuor*, S. 519 f.; *Leemann*, Grundlasten, S. 33; *Leemann*, Kommentar 1925, N 7 ff. der Vorbemerkungen zum 3. Abschn. des 21. Titels des ZGB; siehe auch nachfolgend, Anm. 24 und 26.

Über Gemeinsames mit der Grunddienstbarkeit: *Leemann*, Kommentar 1925,

kehrende²³, Leistung²⁴ (um ein positives Handeln²⁵, ein *facere*²⁶, ein Tun²⁷, ein aktives Handeln²⁸) des Eigentümers des belasteten Grundstückes, wobei das Recht auf diese Leistung praktisch den wesentlichen Inhalt²⁹ der Gundlast ausmacht.

2. Die Erfordernisse in ZGB Art. 782 Abs. 2:

Eine solche positive Leistung muss, um Inhalt einer Gundlast sein zu können, alternativ³⁰ eine der folgenden Voraussetzungen erfüllen: Entweder muss sich die Leistung aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstückes ergeben oder die Leistung muss für die wirtschaftlichen Bedürfnisse des berechtigten Grundstückes bestimmt sein. Nur Leistungen, die wenigstens einem dieser beiden Erfordernisse genügen, können den Inhalt einer Realgrundlast³¹ ausmachen³² (dass bei einer Realgrundlast vielfach beide Erfordernisse miteinander erfüllt sind³³, tut nichts zur Sache; verlangt ist das nicht). Mit dieser Beschänkung sind vor allem solche Leistungen, „die beidseitig nur persönlichen Verhältnissen entsprechen, die weder aktiv noch passiv auf die Grundstücksnatur abstellen“³⁴, ausgeschlossen worden.

N 12 ff. der Vorbemerkungen zum 3. Abschn. des 21. Titels des ZGB; *Huber*, S. 60 oben.

23) *Leemann*, Grundlasten, S. 33; auch *Schatzmann*, S. 62; anders aber *Gierke*, Sachenrecht, S. 114, der für das Bürgerliche Recht nur Leistungen, die wiederholt oder wiederkehrend sind, als Grundlastleistungen anerkennt.

24) von einer positiven Leistung sprechen auch: *Leemann*, Kommentar 1925, N 25 zu Art. 782 ZGB; *Gubli*, persönliche Rechte, S. 93/94; *Huber*, S. 59 Ziff. 4; *Pfister*, S. 362.

25) *Leemann*, Kommentar 1925, N 7 der Vorbem. zum 3. Abschn. des 21. Titels des ZGB.

26) Die Grundlast muss primär auf eine *facere* gehen, im Unterschied zur Grunddienstbarkeit, *Hitzig*, S. 364.

27) *Brandenburger*, S. 133; *Auer*, S. 70.

28) *Schwander*, S. 52; *Huber*, S. 59.

29) siehe Anm. 11 zu diesem Paragraphen und Text dazu.

30) dazu *Huber*, S. 56, Anm. 1; *Schatzmann*, S. 65; *Tuor*, S. 535.

31) Der gesetzlich zulässige Inhalt ist bei ihr somit weiter als bei der Personalgrundlast, weil bei letzterer nur ein belastetes und nicht auch ein berechtigtes Grundstück in Frage steht und die Leistung also nur im Rahmen des ersten Erfordernisses zulässig ist, *Haab*, Kommentar 1929, N 58 der Einleitung zum Sachenrecht; vgl. auch *Leemann*, Kommentar 1925, N 51 zu Art. 782 ZGB.

32) *Liver*, Kommentar 1951, N 61 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; Dem Inhalt der Grundlast sind genaue Grenzen vorgezeichnet, *Leemann*, Kommentar 1925, N 2 zu Art. 730, N 8 der Vorbemerkungen zum 3. Abschn. des 21. Titels des ZGB; *Haab*, Kommentar 1929, N 60 der Einleitung zum Sachenrecht; *Auer*, S. 69 unten; *Buser*, S. 10; *Hägi*, S. 62; *Schatzmann*, S. 11 und 65; *Schönberg*, S. 130; *Leemann*, Grundlasten, S. 33.

Huber, S. 59, nennt Gründe für diese enge Beschränkung; ebenso *Tuor*, S. 535 (vgl. Text zu nachfolgend Anm. 34).

33) *Tuor*, S. 535.

34) siehe vorhergehende Anmerkung.

Betrachten wir die beiden Erfordernisse, die die Grundlastleistung alternativ erfüllen muss, einzeln, so bietet sich nach herrschender Lehre folgendes Bild:

a. *erstes* Erfordernis: Die Leistung muss sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstückes ergeben.

aa. Wenn von der *wirtschaftlichen Natur* (und nicht einfach von der Natur) des belasteten Grundstückes gesprochen wird, so weist das klar darauf hin, dass sich die Leistung auch ergeben kann aus von Menschenhand geschaffenen Vorrichtungen auf dem Grundstück (nicht nur aus dem naturgegebenen Grundstück³⁵).

bb. Wenn sich aus dieser Natur des Grundstückes die Leistung *ergeben muss*, so versteht *Leemann*³⁶ darunter, dass die Leistung nach der Verkehrsanschauung durch diese Natur des Grundstückes ermöglicht werden muss, dass die Leistung „mit den Mitteln³⁷ und Kräften³⁷ des Grundstückes unter Erhaltung seiner Substanz bewirkt“³⁶ werden können muss. Als Gegenstand der Benutzung, nicht als solcher der Verwertung, muss das belastete Grundstück die Grundlage der Leistung bilden³⁸, denn der Zweck dieses ersten Erfordernisses besteht darin, dass den Inhalt der Grundlast nur eine Leistung bilden soll, die dem Belasteten infolge seiner Benutzungsbefugnis an seinem Grundstück besonders leicht fällt“³⁹.

cc. In diesem Sinne genügen *beispielsweise* folgende Leistungen dem ersten Erfordernis⁴⁰: Lieferung von unmittelbaren Erträgen des Grundstückes (von Bodenbestandteilen^{41 42 43}, von Bodenerzeugnissen^{42 43}, von Erzeugnissen eines Gewerbebetriebes^{42 44} auf dem belasteten Grundstück und ähnliches mehr), Geldleistungen⁴⁵ („bei denen der Betrag der

35) so schon *Kohler*, Servitutenrecht, S. 195; siehe ferner *Pestalozzi*, S. 138; *Schatzmann*, S. 67.

36) *Leemann*, Kommentar 1925, N 44 zu Art. 782 ZGB.

37) Anm. des Verf.: so auch *Tuor*, S. 535.

38) *Pestalozzi*, S. 137; Die Grundlast verpflichtet den Belasteten zu einer Handlung, die „entweder das Ergebnis einer bestimmten Grundstücksbenutzung dem Berechtigten zugute kommen lässt oder selbst eine Benutzung zu dessen Gunsten enthält.“ *ders.*, S. 137/138.

39) *Pestalozzi*, S. 137, auch S. 154.

40) so nach *Pestalozzi*, S. 139/140.

41) dazu auch *Pfister*, S. 362.

42) dazu auch *Leemann*, Kommentar 1925, N 45 zu Art. 782 ZGB.

43) dazu auch *Huber*, S. 25, Anm. 2, wo gesagt wird, dass die Grundlast ihre Verbindung mit dem Grundstück sehr oft auch daraus erhält, „dass die schuldenartige Leistung aus der Substanz oder dem Ertrag des belasteten Grundstückes entrichtet wird.“

44) zu denken ist etwa an die Pflicht zur Lieferung von Gas oder Elektrizität, *Leemann*, Kommentar 1925, N 45 zu Art. 782 ZGB; *Schatzmann*, S. 66, auch Lieferung von Milch kann hierher gerechnet werden, *Leemann*, Grundlasten, S. 35.

45) *Pestalozzi*, S. 142, denkt dabei vor allem an Leistungen, „die sich als Gegenleistungen an den Berechtigten darstellen.“ Solche Leistungen „können erfolgen für die Einräumung oder das Bestehen einer Grunddienstbarkeit oder für eine Leistung, die zur Zeit der Bestellung der Grundlast schon erbracht ist oder

einzelnen Leistung bis zu deren Fälligkeitstermin bzw. zwischen zwei solchen Terminen durch eine Benutzung des Grundstückes erworben oder erspart werden kann“⁴⁶⁾.

b. z w e i t e s Erfordernis: Die Leistung muss für die wirtschaftlichen Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes bestimmt sein.

aa. Mit *wirtschaftlichen* Bedürfnissen will wiederum gesagt sein, dass die Leistung auch für die Bedürfnisse von auf dem Grundstück bestehenden Vorrichtungen bestimmt sein kann, nicht nur für diejenigen des naturgegebenen Grundstückes bestimmt sein muss⁴⁷⁾.

bb. Für diese Bedürfnisse sind die Leistungen dann *bestimmt*, wenn sie „dem Grundstück als solchem zugute kommen, insbesondere zur Erhaltung seines Bestandes, zur Steigerung seiner Ertragsfähigkeit oder zur Erleichterung seiner Bewirtschaftung bestimmt sind...“⁴⁸⁾. Nach *Pestalozzi*⁴⁹⁾ muss die Leistung bestimmt sein, „ein Bedürfnis des Berechtigten zu befriedigen, das für ihn aus seinem Grundeigentum entspringt, und zwar aus der darin enthaltenen Benutzungsbefugnis“⁵⁰⁾. Als Zweck des zweiten Erfordernisses nennt derselbe Autor⁵¹⁾, „dass den Inhalt der Grundlast nur eine Leistung bilden soll, die für den Berechtigten infolge seiner Benutzungsbefugnis an seinem Grundstück besonders wertvoll ist“.

cc. *Beispielsweise* genügen diesem zweiten Erfordernis Naturlieferungen (Lieferung von Sachen, die bestimmt sind, als Hilfsmittel für irgend eine Benutzung des berechtigten Grundstückes zu dienen⁵²⁾, Geldleistungen⁵³⁾, Unterhaltsleistungen an Vorrichtungen auf dem belasteten Grundstück⁵⁴⁾.

dann noch aussteht.“; *Schatzmann*, S. 68, umschreibt die herrschende Meinung dahin, „dass auch Geldleistungen den Inhalt einer Grundlast bilden können, sofern der Verpflichtete in der Lage ist, die geschuldete Leistung aus dem jeweiligen Ertrage des belasteten Grundstückes zu gewinnen. Gleichgültig bleibt dabei, ob das Grundstück seinen Ertrag direkt in Geld abwirft (wie z. B. ein Haus bei Vermietung) oder ob der Ertrag in Grundstückserzeugnissen besteht, die erst durch Verkauf in einen Gelderlös verwandelt werden müssen.“ — Vgl. zu diesen Ausführungen: *Brodbeck*, S. 600 zu Art. 782; *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 5036; *Leemann*, Kommentar 1925, N 3 zu Art. 785 ZGB (in Auseinandersetzung mit *Rossel/Mentha*).

Tuor, S. 536, will Geldleistungen als Grundlastleistungen nur zulassen, wenn vom Erfordernis abgesehen werden kann, dass die Leistung aus der Natur des belasteten Grundstückes hervorgehen muss.

46) *Pestalozzi*, S. 142 (Begründung: a. a. O., S. 140 ff.).

47) *Pestalozzi*, S. 157.

48) *Leemann*, Kommentar 1925, N 53 zu Art. 782 ZGB.

49) *Pestalozzi*, S. 157.

50) Die Leistung des Belasteten muss dem Berechtigten ermöglichen, „seinerseits selbst sein Grundstück in bestimmter Weie zu benutzen“, *Pestalozzi*, S. 159.

51) S. 154.

52) *Pestalozzi*, S. 160.

53) das ist nicht unbestritten. Bejahend: *Pestalozzi*, S. 161: „Eine Geldleistung kann also das zweite Erfordernis erfüllen, wenn sie dafür bestimmt ist, dass der Berechtigte durch Überlassung ihres Betrages an einen Dritten von diesem eine Leistung erlange, die ihm eine bestimmte Benutzung seines Grund-

3. Zusammenfassend die möglichen Fälle von Grundlasten überblickend, können wir allgemein sagen, dass die Leistung aus einer Grundlast dreifacher Art sein kann: Die Leistung „kann in *Naturalabgaben* oder in *Arbeitsleistungen* oder in *Geldzahlungen* bestehen“⁵⁵.

4. Anhang:

*Pestalozzi*⁵⁶ vergleicht die Erbringung der Leistung (im Zusammenhang mit dem ersten Erfordernis) mit der wirtschaftlichen Bedeutung des belasteten Grundstückes, wenn er fragt, ob das belastete Grundstück für die Erbringung der Leistung wichtiger sein muss als die Tätigkeit des Verpflichteten. Der Genannte kommt dann⁵⁷ zur Bejahung dieser Frage. Ich kann jedoch nicht einsehen, was damit erreicht sein soll, wenn er sagen kann: Nach dem ersten Erfordernis muss das „belastete Grundstück für die Erbringung der Leistung wirtschaftlich die Hauptsache sein.“ Entweder ist damit eine Selbstverständlichkeit gesagt, nämlich, dass beim ersten Erfordernis die Grundlastleistung Bezug haben muss auf das belastete Grundstück, oder aber es ist damit überhaupt nichts gesagt, weil die Grössen „belastetes Grundstück“ und „Tätigkeit des Verpflichteten“ nicht verglichen werden können in Bezug auf ihre wirtschaftliche Bedeutung⁵⁸.

II. Grundlast zu Lasten des Lieferantengrundstückes

Durch eine solche Grundlast wird der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes zu einer Leistung an den jeweiligen Eigentümer des Empfängergrundstückes verpflichtet, für die der Erstgenannte ausschliesslich mit seinem Grundstück haftet. Soweit die gesetzliche Umschreibung der Grundlast (ZGB Art. 782 Abs. 1 und 2). Eine Präzisierung sollen die nachfolgenden Erläuterungen bringen.

stückes ermöglicht.“; *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 5036; *Brodbeck*, S. 600 zu Art. 782 ZGB; *Leemann*, Kommentar 1925, N 3 zu Art. 785 ZGB (in Auseinandersetzung mit *Rossel/Mentha*); verneinend: *Huber*, S. 56 Anm. 1.

54) *Haab*, Kommentar 1935, N 2 zu Art. 691/692/693 ZGB; *Leemann*, Kommentar 1925, N 6 zu Art. 741, N 36 zu Art. 730 ZGB; *Tuor*, S. 535.

55) *Leemann*, Grundlasten, S. 33; vgl. auch *Schatzmann*, S. 62; *Tuor*, S. 536; *Leemann*, Kommentar 1925, N 26 zu Art. 782 ZGB: „In Betracht kommen grundsätzlich nur Leistungen, die fähig sind, in Geldforderungen umgewandelt zu werden.“

56) S. 151.

57) S. 154.

58) Gleiches wäre zu sagen im Zusammenhang mit den Ausführungen *Pestalozzi* auf S. 162/163 (zweites Erfordernis).

A. Möglichkeiten:

Was in der eben dargestellten Umschreibung noch einer weiteren Präzisierung bedarf, ist die Leistung an den jeweiligen Eigentümer des Empfängergrundstückes (Empfänger). Die Grundlastleistung also ist es, die im Zusammenhang mit der Fernheizung näher umschrieben werden muss.

Vergegenwärtigen wir uns den Ausgangspunkt, den Wärmelieferungsvertrag; vergegenwärtigen wir uns ferner die Interessen des Empfängers (denn diesem muss eine solche Grundlast vor allem dienen), wie wir sie unter § 9 II ^{58a} dargestellt haben, so erhellt, dass wir in erster Linie an die Pflicht zur Lieferung der Wärme von Seiten des Lieferanten zu denken haben. Sie ist, wenn nicht die einzige, so doch die wichtigste Verpflichtung des Lieferanten aus dem Wärmelieferungsvertrag und sie ist das, was sich der Empfänger dauernd sichern möchte. Jeder neue Eigentümer des Lieferungsgrundstückes muss bei einer Grundlast mit solchem Inhalt dem vertragschliessenden Empfänger, wie auch dessen Nachfolgern im Eigentume des Empfängergrundstückes, Wärme liefern. Der Empfänger hat also nicht nur die Möglichkeit, Wärme auf alle Fälle zu haben (wie bei der Grunddienstbarkeit zu Lasten des Lieferungsgrundstückes ⁵⁹), sondern er kann von jedem Eigentümer der Feuerungsanlage verlangen, dass ihm Wärme geliefert wird. Eine solche Grundlast zu Lasten des Lieferungsgrundstückes, des Inhalts, dass jeder Eigentümer des Lieferungsgrundstückes Wärme liefern muss, wird also den Interessen des Empfängers in weitestem Masse gerecht.

Abgesehen von der nur einseitigen Sicherung zu Gunsten des Empfängers ist diese Lösung auch für den Lieferanten tragbar, weil er dadurch nur zu dem *verpflichtet* wird, das er normalerweise auch tun *will*.

B. Rechtliche Erwägungen:

Inhalt der Grundlastleistung soll also die Lieferung von Wärme sein. Ganz ohne Zweifel ergibt sich diese Leistung aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstückes, des Lieferungsgrundstückes, denn die Anlagen auf diesem Grundstück sind spezifisch für diese Lieferung eingerichtet. Diese Leistung ist aber zudem auch für die wirtschaftlichen Bedürfnisse des Empfängergrundstückes, des herrschenden Grundstückes, bestimmt, weil auch hier Anlagen bestehen, die dieser Lieferung bedürfen. Eine solche Grundlastleistung ist also durchaus zulässig, denn sie erfüllt nicht nur eines der beiden in ZGB Art. 782 Abs. 3 verlangten Erfordernisse, sondern beide. Somit ist auch rechtlich gegen eine solche Grundlastleistung nichts einzuwenden.

58a) siehe vorn, S. 83/84.

59) siehe vorn, S. 113.

C. Ergebnis:

Eine Grundlast des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes verpflichtet ist, dem jeweiligen Eigentümer des Empfängergrundstückes Wärme zu liefern, ist praktisch denkbar und rechtlich zulässig. Für sich allein vermag sie aber nicht, die bei einem Wärmelieferungsverhältnis vorhandenen Interessen allseitig zu sichern.

III. Grundlast zu Lasten des Empfängergrundstückes

Durch eine solche Grundlast wird der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes zu einer Leistung an den jeweiligen Eigentümer des Lieferungsgrundstückes verpflichtet, für die der erstere ausschliesslich mit seinem Grundstück haftet. Soweit wiederum die Abwandlung der gesetzlichen Umschreibung auf unsern Fall.

A. Möglichkeiten:

Vergegenwärtigen wir uns auch hier den Ausgangspunkt, den Wärmelieferungsvertrag, und erinnern wir uns an die Interessen des Wärmelieferanten⁶⁰, so wird deutlich, dass wir hier an eine Geldleistung des Empfängers zu denken haben, und zwar nicht nur an die Gegenleistung für die empfangene Wärme, sondern überhaupt an alle Geldleistungen, die der Empfänger dem Lieferanten zu erbringen hat (feste Grundgebühr und variabler Kaufpreis). Kann die Pflicht zu diesen Geldzahlungen als Grundlast auf das Empfängergrundstück gelegt werden, so sind die Interessen des Lieferanten gewahrt, denn nicht nur der vertragschliessende Lieferant kann von seinem Vertragspartner diese Leistungen verlangen, sondern jeder Eigentümer des Lieferungsgrundstückes von jedem Eigentümer des Empfängergrundstückes. Auch für den Empfänger bringt eine solche Pflicht nicht mehr, als ihm normalerweise zugemutet werden kann und was er normalerweise zu leisten bereit ist; eine solche Lösung ist also auch für ihn annehmbar.

B. Rechtliche Erwägungen:

Inhalt der Grundlastleistung wäre also die Zahlung von Geld. Eine Geldleistung kann nach herrschender Ansicht⁶¹ durchaus Inhalt einer Grundlastleistung sein, sofern diese Leistung einem der in ZGB Art. 782 Abs. 3 genannten Erfordernisse genügt.

60) siehe vorn, § 9 I, S. 81 ff.

61) siehe Anm. 45, 46, 53 dieses Paragraphen.

Eine Geldleistung des Wärmeempfängers an den Lieferanten ergibt sich sicher aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstückes, des Empfängergrundstückes, denn der Empfänger benutzt sein Grundstück, indem er es bewohnt oder bewohnen lässt. Bewohnt er es selber, so spart er damit, dass er nicht eine eigene Feuerungsanlage betreiben muss, Zeit und Geld; lässt er es aber bewohnen, wird er für die Heizung, die die Mieter nicht selber betreiben müssen, bezahlt werden. Der Empfänger hat also bei der Benutzung seines Grundstückes gewisse Auslagen nicht, die er ohne die Feuerungsanlage haben würde. Der Zusammenhang mit dem belasteten Grundstück ist also gegeben, und das erste Erfordernis erfüllt. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob auch das zweite Erfordernis erfüllt ist.

Prinzipiell kann also die Geldleistung des Empfängers der Wärme den Inhalt einer Grundlast ausmachen. Es fragt sich aber des weiteren, ob die Bestimmtheit der Geldleistung, so wie sie beim Wärmelieferungsvertrag auftritt, genügend ist. Diese Frage ist vor allem in dem Falle, der für den Empfänger den idealen darstellt, aktuell: dann nämlich, wenn der Empfänger nur die Wärme zu bezahlen hat, die er bezogen hat. Diese Frage drängt sich vor allem deshalb auf, weil heute eine Grundlast, die eine Geldleistung zum Inhalte hat, in erster Linie dazu dient, Ansprüche auf regelmässig wiederkehrende, in ihrer Höhe bestimmte Zahlungen⁶² zu sichern. Es steht jedoch nichts entgegen, auch Ansprüche auf wiederkehrende, in ihrer Höhe nicht bestimmte, sondern nur bestimmbare, Geldleistungen durch eine Grundlast dinglich zu sichern⁶³, wenn nur eines der beiden oft genannten Erfordernisse erfüllt ist. Dies trifft in unserem Falle zu und deshalb ist gegen eine solche Grundlastleistung, wie wir sie umschrieben haben, rechtlich nichts einzuwenden.

62) wie etwa der Anspruch auf den Baurechtszins, *Leemann*, Kommentar 1925, N 54 zu Art. 779 ZGB; *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 5025; *Brodbeck*, S. 532 zu Art. 675 ZGB; *Landesplanung*, Baurecht S. 22; *Brandenburger*, S. 130; *Christen*, S. 69 und 113; *Mayr von Baldegg*, S. 81/82.

Auch in dem von *Tuor*, S. 536 Anm. 1, genannten Beispiel werden die Abonnementbeträge für die Wasserversorgung in der Regel von Anfang an bestimmt sein.

63) das ist allgemein anerkannt: *Leemann*, Kommentar 1925, N 32 zu Art. 782 ZGB: „Ist die Leistungspflicht eine wiederkehrende, so brauchen die einzelnen Leistungen keineswegs *gleich* oder *gleichartig* zu sein, noch eine *fest bestimmte Höhe* zu haben, vielmehr kann das Mass der Leistung bald fest bestimmt (*gemessen*), bald durch besondere Umstände (Bedürfnisse der berechtigten Person oder des berechtigten Grundstückes) bestimmt sein (*ungemessen*).“; *Pfister*, S. 372 Ziff. 3.

Beispiele dazu bei *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 5036; *Leemann*, Kommentar 1925, N 4 zu Art. 785 ZGB;

vgl. auch vorne, *Pestalozzi*, in Anm. 45 dieses Paragraphen.

C. Ergebnis:

Eine Grundlast des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes verpflichtet ist, dem jeweiligen Eigentümer des Lieferungsgrundstückes die sich aus dem Wärmelieferungsvertrag ergebenden Zahlungen zukommen zu lassen, ist praktisch denkbar und rechtlich zulässig.

D. Anhang:

*Pestalozzi*⁶⁴ konstruiert auch Bezugspflichten als Grundlastleistungen. Nach ihm könnte also der Wärmeempfänger durch eine Grundlast verpflichtet werden, alle Wärme, die er zur Heizung seiner Räume benötigt, beim Lieferanten zu beziehen. Nach herrschender Anschauung⁶⁵ ist aber eine solche Bezugspflicht nicht eine Leistungspflicht wie sie von ZGB Art. 782 verlangt wird.

64) S. 143 ff.

65) *Schatzmann*, S. 69/70; *Tuor*, S. 535; *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 5035; *Leemann*, Kommentar 1925, N 28 zu Art. 782 ZGB; *Wüthrich*, S. 85 f.

3. ABSCHNITT (§ 14):

DIE NACH GELTENDEM RECHT ZU BEVORZUGENDE LÖSUNG

Im vorhergehenden Abschnitt ist zunächst¹ der Kreis der Möglichkeiten einer Sicherung des Bestandes und Betriebes der Fernheizung auf die Dauer reduziert worden auf Grunddienstbarkeiten und Realgrundlasten. In den Paragraphen 12 und 13 haben wir dann zu zeigen versucht, was als Inhalt dieser Grunddienstbarkeiten und Realgrundlasten im Falle der Fernheizung in Betracht kommen kann. Dazu war es nötig, die einzelnen Grunddienstbarkeiten und Grundlasten für jede Partei gesondert zu betrachten. Es ist aber schon in jenen Zusammenhängen einige Male darauf hingewiesen worden, dass z. B. eine einzige Grunddienstbarkeit nicht genügt, um ein Verhältnis, bei dem beidseitig Rechte und Pflichten bestehen, auf die Dauer zu sichern, weil die Dienstbarkeiten und Grundlasten Institute sind, die nur einseitig Rechte (bzw. Pflichten) verleihen (bzw. auferlegen)^{1a}; der Verzicht auf diese Rechte durch den Eigentümer des herrschenden Grundstückes bildet also einen Untergangsgrund² für diese Institute. Die vier in den beiden vorhergehenden Paragraphen genannten Lösungen sind deshalb alle, für sich allein genommen, für unsere Sicherung nicht genügend.

I. Die möglichen Kombinationen

Sind aber die betrachteten Lösungen für sich allein ungenügend für die Sicherung, so muss die Endlösung in einer Kombination von mindestens zwei dieser Lösungen gesucht werden. Die gefundenen Kombinationsfaktoren sind:

- a. Grunddienstbarkeit zu Lasten des Lieferungsgrundstücks
- b. Grunddienstbarkeit zu Lasten des Empfängergrundstücks
- c. Grundlast zu Lasten des Lieferungsgrundstücks
- d. Grundlast zu Lasten des Empfängergrundstücks.

Die Kombinationen, die sich daraus ergeben, sind: ab, ac, ad, bc, bd, cd; von diesen fallen aber die sofort weg, bei denen beide Faktoren zu Lasten desselben Grundstückes gerichtet sind, also ac und bd. Es bleiben somit die Kombinationen ab, ad, bc, cd, die betrachtet werden müssen.

Inwiefern zu einer vollständigen Sicherung des Bestandes und Betriebes einer Fernheizungsanlage noch gewisse Durchleitungsfragen^{2a} ab-

geklärt werden müssen, soll nur im Zusammenhang mit der von uns vertretenen Lösung betrachtet werden (unter II B dieses Paragraphen, S. 136 ff.).

A. Erste Kombination:

Grunddienstbarkeit zu Lasten des Lieferungsgrundstückes und Grunddienstbarkeit zu Lasten des Empfängergrundstückes folgenden Inhalts:

1. Der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes ist verpflichtet, den Bestand und Betrieb der Heizanlagen auf dem Lieferungsgrundstück zu dulden³.
2. Der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes ist verpflichtet, den Bestand und Betrieb der Heizungsanlagen auf dem Empfängergrundstück zu dulden⁴.

Der grosse Vorteil einer solchen Lösung ist der, dass sie wirklich eine Sicherung des Bestandes und Betriebes der Fernheizung auf die *Dauer* garantiert. Das ausgesprochene Dauermoment dieser Lösung beruht vor allem⁵ auf einer sehr erschwerten Ablösbarkeit der Grunddienstbarkeiten. Als Belastete kann jede der beteiligten Parteien die Löschung⁶ der betreffenden Grunddienstbarkeit nur verlangen, wenn sie für die andere Partei (als berechnigte) alles Interesse⁷ verloren hat (ZGB Art. 735 Abs. 1). Gegen Entschädigung ist zwar die Ablösung der Grunddienstbarkeit nach Art. 736 Abs. 2 ZGB auch schon möglich, wenn ein Interesse des Berechnigten noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung ist; dieses Erfordernis der unverhältnismässig geringen Bedeutung wird jedoch streng⁸ gehandhabt.

Der grosse Nachteil dieser Lösung ist aber der, dass diese gegenseitigen Duldungspflichten nicht den Pflichten aus dem Wärmelieferungsvertrag entsprechen. Im letzteren wird nicht von Duldung gesprochen, sondern von Lieferung der Wärme einerseits und von Bezahlung gewisser Geldsummen andererseits. Mit andern Worten: diese Sicherung funktioniert

1) in § 11.

1a) so *BGE* 49 III 183.

2) Für die Grunddienstbarkeiten speziell: *Butterfass*, S. 65/66; für die Grundlasten speziell: *Buser*, S. 104.

2a) davon ist, ohne dass näher darauf eingetreten wurde, schon mehrfach die Rede gewesen, vgl. S. 85, 86, 87 (unter 1 b).

3) siehe vorn, § 12 II, S. 115.

4) siehe vorn, § 12 III, S. 119.

5) über die Endigung der Grunddienstbarkeiten ausführlich *Butterfass*, S. 62 ff.; *Buser*, S. 95 ff.

6) ohne Entgelt, *Schwander*, S. 198.

7) vgl. *Weiss*, Sammlung 1928, Nr. 2520.

8) dazu *Weiss*, Sammlung 1928, Nr. 2522; *Weiss*, Sammlung 1951, Nr. 4970, 4972; *Brodbeck*, S. 584/585 zu Art. 736 ZGB; *BGE* 70 II 98 f

nur solange wirklich zur *Befriedigung der Parteien*, als sie gewillt sind, den Pflichten aus dem Wärmelieferungsvertrage nachzukommen, also solange eine dingliche Sicherung nicht gebraucht würde. Kommt aber z. B. ein späterer Eigentümer des Lieferungsgrundstückes seiner ‚Hauptverpflichtung‘ aus dem Wärmelieferungsvertrag, der Pflicht zur Lieferung von Wärme, nicht nach, so ist der Empfänger gezwungen, sich seine Wärme selber zu beschaffen, wozu ihm allerdings die Benützung der Feuerungsanlagen gestattet werden muss.

B. Zweite Kombinationsmöglichkeit:

Grunddienstbarkeit zu Lasten des Lieferungsgrundstückes und Grundlast zu Lasten des Empfängergrundstückes des Inhalts:

1. Der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes ist verpflichtet, den Bestand und Betrieb der Heizanlagen auf dem Lieferungsgrundstück zu dulden⁹.
2. Der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes ist verpflichtet, die aus dem Wärmelieferungsvertrage sich ergebenden Geldzahlungen zu leisten¹⁰.

Diese Lösung scheint deshalb nicht billig, weil der Verpflichtung zu einer positiven Leistung des Empfängers nur die Verpflichtung zu einem Dulden auf Seiten des Lieferanten gegenübersteht. Wiederum hat, wenn ein nachfolgender Eigentümer des Lieferungsgrundstückes die Lieferung der Wärme verweigert, der Empfänger nur die Möglichkeit, den Betrieb der Feuerungsanlage selber zu veranlassen. Das aber ist, wie schon oft erwähnt, nicht befriedigend, weil der Empfänger ja vor allem deshalb an die Fernheizung angeschlossen ist, weil er mit der Produktion der Wärme nichts zu tun haben will.

Auch bei dieser Lösung wäre das Dauermoment der Vorteil, der hervorgehoben werden müsste. Die Grundlast könnte, weil sie mit einer Dienstbarkeit verbunden ist, nicht ohne weiteres nach 30jährigem Bestande abgelöst werden (ZGB Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 3). Wenn nämlich die Grunddienstbarkeit als unablösbar errichtet ist, mit der die Grundlast verbunden ist, so besteht die gesetzliche Maximalfrist für die Letztere nicht¹¹. Dabei heisst „verbunden“ nicht, dass sowohl die Grundlast als auch die Grunddienstbarkeit zu Lasten desselben Grundstückes errichtet sein müssen¹², wie es der Fall ist, wenn eine positive Leistung,

9) siehe Anm. 3 dieses Paragraphen.

10) siehe vorn, § 13 III, S. 129.

11) *Thor*, S. 537.

12) so wird z. B. diese Unablösbarkeit vielfach betont im Zusammenhange mit dem Baurecht, wo für den Baurechtszins eine Grundlast bestellt worden ist, vgl. *Landesplanung*, Baurecht, S. 22; *Mayr von Baldegg*, S. 86 und 88; *Pfister*, S. 371 f.; *Thor*, S. 537.

die den Nebeninhalt einer Grunddienstbarkeit ausmachen könnte, als selbständige Grundlast¹³ bestellt ist.

C. Dritte Kombinationsmöglichkeit:

Grundlast zu Lasten des Lieferungsgrundstückes und Grunddienstbarkeit zu Lasten des Empfängergrundstückes folgenden Inhalts:

1. Der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes ist verpflichtet, dem jeweiligen Eigentümer des Empfängergrundstückes dauernd Wärme zu liefern¹⁴.
2. Der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes ist verpflichtet, den Bestand und Betrieb der Heizanlagen auf seinem Grundstück zu dulden¹⁵.

Wiederum steht bei dieser Lösung der Verpflichtung zu einer positiven Leistung die Pflicht zu einem Dulden gegenüber. Verweigert deshalb ein nachfolgender Eigentümer des Empfängergrundstückes die Erbringung weiterer Leistungen, so kann der Lieferant den Empfänger nicht dazu anhalten, den Pflichten aus dem Wärmelieferungsvertrage nachzukommen, weil diese Pflichten nicht auf den Empfänger übergegangen sind.

Aus diesem Grunde ist auch diese Lösung nicht befriedigend, obschon in Bezug auf die Dauer das Gleiche gesagt werden könnte wie bei der zweiten Kombinationsmöglichkeit.

D. Vierte Kombinationsmöglichkeit:

Grundlast zu Lasten Lieferungsgrundstück und Grundlast zu Lasten Empfängergrundstück folgenden Inhalts:

1. Der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes ist verpflichtet, dem jeweiligen Eigentümer des Empfängergrundstückes Wärme nach den Bestimmungen des Wärmelieferungsvertrages zukommen zu lassen¹⁶.
2. Der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes ist verpflichtet, dem jeweiligen Eigentümer des Lieferungsgrundstückes die aus dem Wärmelieferungsvertrag sich ergebenden Geldleistungen zu erbringen¹⁷.

Diese Lösung wird der Sicherung der Interessen der Parteien auf die Dauer am ehesten gerecht. Jeder Eigentümer des Lieferungsgrundstückes und jeder Eigentümer des Empfängergrundstückes hat das zu tun, was

13) auch eine solche Grundlast kann ex lege nicht nach 30 Jahren abgelöst werden, *Leemann*, Kommentar 1925, N 36 zu Art. 730 ZGB; *BGE* 45 II 396.

14) siehe vorn, § 13 II, S. 127.

15) siehe Anm. 4 dieses Paragraphen.

16) siehe Anm. 14 dieses Paragraphen.

17) siehe Anm. 10 dieses Paragraphen.

nach Wärmelieferungsvertrag für den ersten Lieferanten und für den ersten Empfänger vorgesehen ist.

II. Das Ergebnis

A. Grundlasten:

1. Umschreibung:

Nach den bisherigen Ausführungen gelangen wir dazu, die vorhin unter I D genannte vierte Kombinationsmöglichkeit als die nach geltendem Recht geeignetste Sicherung der Interessen im Zusammenhange mit der Fernheizung zu betrachten. Wo immer sich ein Wärmelieferant als Verkäufer und ein Empfänger als Käufer der Wärme gegenüberstehen (was in den allermeisten Fällen der heute vorkommenden Fernheizanlagen zutrifft), wo immer also ein eigentlicher Wärmelieferungsvertrag besteht, ist dieses Verhältnis am ehesten durch gegenseitige Grundlasten auf die Dauer¹⁸ zu sichern.

2. Bemerkungen:

a. Die Parteien: Berechtigt und verpflichtet sind die jeweiligen Eigentümer der beiden beteiligten Grundstücke¹⁹, also die jeweiligen Eigentümer des Lieferungsgrundstückes einerseits und die jeweiligen Eigentümer des Empfängergrundstückes andererseits.

b. Die Pflichten:

aa. auf der Lieferantenseite: Der jeweilige Eigentümer des Lieferungsgrundstückes hat dem jeweiligen Eigentümer des Empfängergrundstückes nach den Bestimmungen des Wärmelieferungsvertrages Wärme zu liefern²⁰.

bb. auf der Empfängerseite: Der jeweilige Eigentümer des Empfängergrundstückes hat dem jeweiligen Eigentümer des Lieferungsgrundstückes die aus dem Wärmelieferungsvertrag sich ergebenden Zahlungen zu entrichten²⁰.

18) Nach *Leemann*, Kommentar 1925, N 34 zu Art. 782 ZGB, kann die Leistungspflicht eine „gegenseitige“ sein in der Weise, dass zwei Grundstücke gegenseitig mit einer Grundlast belastet sind. Die Leistung aus dem einen Grundstück ist hier durch eine Gegenleistung aus dem andern Grundstück bedingt, so dass die eine Leistung wegen Nichtbewirkung der andern nicht gemacht zu werden braucht und dann auch die dinglichen Folgen der Nichtleistung nicht gezogen werden können.“; vgl. auch *Pestalozzi*, S. 142 unten.

19) siehe vorn, § 13 I B, S. 121.

20) siehe Anm. 16 und 17 dieses Paragraphen.

c. Die Rechte: Handelt es sich nicht mehr um die den Wärmelieferungsvertrag abschliessenden Parteien, sondern um spätere Eigentümer der Grundstücke, so sind sie mit dem Übergang des Eigentums am Grundstück Schuldner der betreffenden Grundlast geworden²¹. Jeder Eigentümer (als Grundlastberechtigter) kann den andern Eigentümer (als Grundlastbelasteten) unmittelbar zu den entsprechenden Leistungen anhalten^{21a}. Es ist aber dabei zu beachten, dass es sich bei der Grundlastschuld nur um eine sogenannte dingliche Schuld²² handelt, d. h. die Parteien haben nicht ein Recht auf die Erzwingung der Naturalerfüllung²³, sondern nur darauf, sich für den Wert dieser Leistung aus dem Werte des belasteten Grundstückes schadlos zu halten²⁴.

d. Gesamtwert: Bekanntlich muss bei der Eintragung einer Grundlast ins Grundbuch ein bestimmter Betrag als ihr Gesamtwert²⁵ angegeben werden. Da beim Fernheizungsverhältnis zwei Grundlasten eingetragen werden müssen, müssen auch zwei Gesamtwerte angegeben werden.

aa. Für die Grundlast zu Lasten des Lieferungsgrundstückes drängt es sich auf, denjenigen Betrag als Gesamtwert im Grundbuch einzutragen, der benötigt wird, um das Empfängergrundstück heiztechnisch autonom zu machen (wie das in einem weiter vorne^{25a} gezeigten Beispiel geregelt ist).

bb. Für die Grundlast zu Lasten des Empfängergrundstückes scheint es, weil ja die beiden Grundlasten in engster Beziehung stehen zueinander, billig, dieselbe Summe als Gesamtwert einzutragen. Denken liesse sich aber auch eine relativ gleiche Summe so, dass dieser Gesamtwert den gleichen Bruchteil vom Werte des Empfängergrundstückes ausmachen muss, wie der unter a genannte Gesamtwert vom Werte des Lieferungsgrundstückes.

e. Ablösbarkeit²⁶. Nach dreissigjährigem Bestand kann eine solche Grundlast durch den Schuldner abgelöst werden (ZGB Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2)²⁷. Es liegt auf der Hand, dass hier die Kritik an unserer Lösung einsetzen müsste. Wir suchten eine Sicherung auf die Dauer und entscheiden uns für eine Lösung, bei der ex lege nach dreissig Jahren Ab-

21) siehe § 13, Anm. 19, S. 121.

21a) vgl. *BZR* Bd. 24 (1925) Nr. 1, S. 4.

22) *Tuor*, S. 532.

23) *Leemann*, Kommentar 1925, N 5 zu Art. 791 ZGB.

24) es liegt eben nur eine Sachhaftung vor, *Tuor*, S. 532; *Schatzmann*, S. 63.

„Der Eigentümer muss nur die Vollstreckung in das Grundstück dulden (die er freilich anderseits durch Befriedigung abwenden kann)“, *Leemann*, Kommentar 1925, N 4 zu Art. 791; vgl. auch *Pfenninger*, S. 132 unten.

25) er ist nach *Schönberg*, S. 131, wichtig für die „Ablösung der Grundlast“, für den „Umfang des Pfandrechts des aus der Grundlast Berechtigten“ und für das „Mass der Konkurrenz gegenüber andern dinglichen Berechtigten an der gleichen Liegenschaft.“

25a) siehe S. 87 f.

lösung möglich ist! Dieser eine Nachteil spricht aber deshalb nicht sehr gravierend gegen die gefundene Lösung, weil heute sehr oft Wärmelieferungsverträge ohne dingliche Sicherung auf weit kürzere Zeit (5 bis 10 Jahre) abgeschlossen werden. Es muss deshalb angenommen werden, dass eine Sicherung auf mindestens dreissig Jahre schon recht viel ist und den Interessen der Parteien genügt.

f. Eigentümergrundlast: Nach herrschender Ansicht²⁸ sind auch Eigentümergrundlasten zulässig. Das eröffnet die Möglichkeit, dass auch ein Eigentümer mehrerer Grundstücke, die mit einer Fernheizungsanlage verbunden sind, die Beziehung zwischen diesen Grundstücken antizipierend²⁹ dinglich sicherstellt, solange er noch im Besitze des Lieferungsgrundstückes wie auch der Empfängergrundstücke ist. Das wird auf die Veräusserlichkeit der beteiligten Grundstücke nicht ohne Einfluss sein.

Leemann³⁰ stellt fest, dass die Grundlasten auch heute noch geeignet sind, mannigfachen Bedürfnissen zu dienen. Eines dieser Bedürfnisse dürfte nach unserer Ansicht zu finden sein im Zusammenhang mit den Fernheizungsanlagen, die auch bei uns in der Schweiz nach und nach zu der ihnen zukommenden Bedeutung gelangen.

B. Sicherung der Durchleitung durch Grunddienstbarkeiten:

1. Das Problem:

Es liegt auf der Hand, dass die soeben dargestellte Lösung die gewünschte Dauersicherung nur für einen ganz bestimmten Fall herbeiführen kann: nur, wenn das Lieferantengrundstück direkt an das Empfängergrundstück stösst. Sobald sich aber zwischen diesen beiden Grundstücken weitere Grundstücke (Zwischengrundstücke oder Durchleitungsgrundstücke, siehe nachfolgend unter Ziff. 2) befinden, die von der Zu- und Rückleitung der Fernheizung tangiert werden, muss der Bestand dieser Leitungen ausserhalb des Empfänger- und Lieferantengrundstückes dauernd gesichert sein.

2. Die zu beachtenden Grundstücke:

Bis anhin ist immer nur von zwei Grundstücken die Rede gewesen: von Lieferanten- und Empfängergrundstück. In diesem Zusammenhange ist aber weiter zu differenzieren:

26) allgemein über die Endigung der Grundlasten ausführlich *Buser*, S. 104 ff.

27) das ist zwingenden Rechts, *Landesplanung*, Baurecht, S. 22.

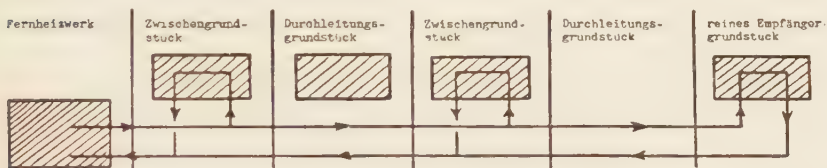
28) *Liver*, Kommentar 1951, N 28 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; *Leemann*, Kommentar 1925, N 15 zu Art. 733 ZGB.

29) *Liver*, Kommentar 1951, N 32 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB.

30) *Leemann*, Grundlasten, S. 33 und 36.

- a. Lieferantengrundstück: darunter ist dasselbe zu verstehen, wie in den vorangegangenen Ausführungen.
- b. Zwischengrundstück: so nennen wir jenes Grundstück, das einerseits selber an die Fernheizung angeschlossen ist, das aber andererseits auch Leitungen dulden muss, die weitere Wärmeempfänger mit Wärme versorgen.
- c. Durchleitungsgrundstück: dieses Grundstück ist selber nicht an die Fernheizung angeschlossen, duldet aber Leitungen, die der Wärme-lieferung dienen.
- d. Reines Empfängergrundstück: dieses Grundstück ist selber an die Fernheizung angeschlossen, muss aber eine Durchleitung in dem unter b genannten Sinne nicht dulden.

Eine Skizze soll das Gesagte verdeutlichen:



Bei grossen Fernheizungsanlagen ist die Mehrzahl der beteiligten Grundstücke Zwischengrundstück (vgl. den auf S. 7 beigelegten Plan). Durchleitungsgrundstücke sind *deshalb* nicht häufig, weil es sich nicht lohnt, Leitungen über längere Distanzen zu ziehen, ohne dass die in Anspruch genommenen Grundstücke angeschlossen werden können. Reine Empfängergrundstücke sind nur diejenigen, die sich am Ende eines Leitungsarmes befinden. Weil aber das Leitungsnetz einer Fernheizung theoretisch beinahe unbeschränkt ausgedehnt werden kann, wird es von Vorteil sein, auch diese Endgrundstücke wie Zwischengrundstücke zu behandeln.

3. Sicherung durch Grunddienstbarkeiten³¹⁾:

a. Allgemein: Diese Durchleitung ist in der auf S. 134 ff. vertretenen Lösung nicht berücksichtigt. Eine dingliche Sicherung dieser Verhältnisse lässt sich nur durch Grunddienstbarkeiten³²⁾ folgenden Inhalts verwirklichen: Der jeweilige Eigentümer des Zwischengrundstückes (oder des Durchleitungsgrundstückes) duldet dauernd den Bestand (wozu auch Re-

31) siehe dazu auch vorne, S. 97, wo die Eigentumsverhältnisse bei den Leitungen bis zum Empfängergrundstück gestreift wurden.

32) nicht als selbständiges und dauerndes Recht, weil als Berechtigter immer nur der Eigentümer des Lieferantengrundstückes in Betracht kommt; vgl. *Leemann*, Kommentar 1925, N 12 und 30 zu Art. 779 ZGB; *Bruggmann*, S. 78.

Pfister, S. 327/328: „Die Leitungsdienstbarkeit braucht nicht Grunddienstbarkeit zu sein; doch kann die Leitung nur dann als Zugehör des Werkes behandelt

paraturen³³ an den Leitungen, Erstellung von Abzwegleitungen und dgl. gehören muss) der Transitleitungen.

Am Bestande dieser Leitungen sind sowohl alle Eigentümer angeschlossener Liegenschaften, die ihre Wärme durch diese Leitung beziehen, als auch der Eigentümer des Lieferantengrundstückes interessiert. Eine Sicherung so, dass solche Grunddienstbarkeiten zu Gunsten der eben genannten Empfängergrundstücke errichtet würden, liesse sich somit denken. Es drängt sich aber auf, das Interesse des Lieferanten an der Gesamtanlage in den Vordergrund zu stellen und als herrschendes Grundstück das Lieferantengrundstück zu bezeichnen.

Erklärt sich der Eigentümer des mit der Grunddienstbarkeit zu belastenden Grundstückes zur Durchleitung bereit³⁴, so erfolgt die dingliche Belastung des Grundstückes gestützt auf ZGB Art. 676. Die Durchleitung kann aber auch wider den Willen des Eigentümers des Zwischen- oder Durchleitungsgrundstückes auf Grund von ZGB Art. 691³⁵ erzwungen³⁶ werden³⁷.

b. Besonderheiten bei Zwischengrundstücken: Hat der Eigentümer einer Liegenschaft ein Interesse daran, selber mit Wärme aus der Fernheizungsanlage versorgt zu werden, so steht dem Lieferanten ein Druckmittel zur Verfügung, um diesen Eigentümer zur Errichtung der Durchleitungsgrunddienstbarkeit zu veranlassen, indem betont wird, eine Wärmeversorgung aus der Fernheizung komme nur in Betracht, wenn er (dieser Eigentümer) zur Errichtung der Durchleitungsgrunddienstbarkeit Hand biete.

Wegen der hohen Kosten der Eintragung im Grundbuch wird vielfach in den Fällen, wo es sich um ein Zwischengrundstück handelt, von einer Eintragung im Grundbuch abgesehen und nur das Recht zur Eintragung im Wärmelieferungsvertrag sichergestellt. Ist aber die Leitung einmal erstellt, so ist die Dienstbarkeit m. E. auch ohne den Eintrag im Grundbuch entstanden³⁸, weil die Leitungen einer Fernheizungsanlage als

werden, wenn das Recht als Grunddienstbarkeit zugunsten des Werkes bestellt worden ist, da nur dann das Eigentum am Werk und an der Leitung dauernd dem gleichen Subjekt zusteht.“; vgl. dazu Anm. 31.

33) *Haab*, Kommentar 1933, N 8 zu Art. 676 ZGB, spricht von der Bedienung der Leitung; vgl. auch *Bruggmann*, S. 78; *Pfister*, S. 330.

34) das ist nach *Bruggmann*, S. 78, die Regel; vgl. auch *Haab*, Kommentar 1935, N 1 zu Art. 691/692/693 ZGB.

35) gilt nicht nur für Anstösser, *Bruggmann*, S. 58; auch *Schlegel*, S. 35; *Wegmann*, S. 7.

36) *Leemann*, S. 292, für die Fernheizleitungen: „Soweit zur Durchleitung von Heizungsrohren fremde Privatgrundstücke beansprucht werden müssen, kann der nachbarrechtliche Durchleitungsanspruch des Art. 691 ZGB geltend gemacht werden.“; über diesen Anspruch auf Durchleitung aus dem genannten Artikel auch *Liver*, Kommentar 1951, N 87 der Einl. zur 2. Abt. des 4. Teils des ZGB; *Haab*, Kommentar 1935, N 2 und 6 zu Art. 691/692/693 ZGB; *Bruggmann*, S. 44.

37) Voraussetzung dazu bei *Bruggmann*, S. 60.

38) vgl. *Leemann*, Kommentar 1925, N 18 zu Art. 734 ZGB.

äusserlich wahrnehmbar³⁹ (ZGB Art. 676 Abs. 3) angesehen werden dürfen (ein Kaufinteressent sieht bei einer Hausbesichtigung die Röhrenleitungen der Fernheizung ohne weiteres).

c. Sonderfragen: Inwieweit Expropriation⁴⁰ erfolgen könnte, wenn das Fernheizwerk ein staatliches⁴¹ Unternehmen ist, kann in unsern privatrechtlichen Zusammenhängen dahingestellt bleiben. Aus demselben Grunde braucht auch nicht berücksichtigt zu werden, wie es sich verhält, wenn die Leitungen eines privaten Fernheizwerkes öffentlichen Grund beanspruchen müssen.

Die rechtliche Sicherung der Fernheizung auf die Dauer ist somit erst vollständig, wenn Grundlasten in dem auf S. 134 ff. genannten Sinne errichtet und alle Zwischen- und Durchleitungsgrundstücke mit der auf S. 137 f. genannten Grunddienstbarkeit belastet sind.

39) Die Leitung muss in erkennbarer Weise einem fremden Grundstück dienen, *Haab*, Kommentar 1933, N 10 zu Art. 676 ZGB.

40) vgl. *Haab*, Kommentar 1935, N 11 zu Art. 691/692/693 ZGB; *Bruggmann*, S. 73; *Butterfass*, S. 67; *Buser*, S. 49.

41) ein im öffentlichen Interesse gelegenes Unternehmen, nach *Bugmann*, S. 1.

LEBENS LAUF

Als Sohn des August Portmann und der Berta Portmann, geborene Holenstein, wurde ich am 18. November 1927 in Winterthur geboren. Nach den üblichen sechs Jahren Primarschule besuchte ich zwei Jahre die Sekundarschule und wechselte dann in die zweite Klasse der Kantonschule Winterthur (Abteilung Gymnasium), wo ich im Herbst 1947 die Matura (Typus A) bestand. Mein Studium an der Universität Zürich begann ich wegen Militärdienstes erst im Herbst 1948. In den Frühjahrsferien 1951 war ich als freier Auditor am Bezirksgericht Winterthur. Dem Abschluss der Studien an der Universität Zürich im Mai 1954 folgte ein ergänzendes Semester in Paris.

Winterthur, den 20. September 1954.

H. Portmann

